

## Tilburg University

### Tussen waarheid en onzekerheid

de Bock, R.H.

*Publication date:*  
2011

*Document Version*  
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

*Citation for published version (APA):*  
de Bock, R. H. (2011). *Tussen waarheid en onzekerheid: Over het vaststellen van feiten in de civiele procedure*. [s.n.].

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Tussen waarheid en onzekerheid:  
over het vaststellen van feiten in de civiele procedure

## Serie Burgerlijk Proces en Praktijk

### **Redactie:**

Prof. mr. G.R. Rutgers

Prof. mr. H.J. Snijders

Prof. mr. J.B.M. Vranken

### **Eerder verschenen dissertaties:**

- I. Derdenbeding
- II. Rechtersregelingen in het burgerlijk (proces)recht
- III. De Europese Executoriale Titel
- IV. De goede procesorde
- V. De dwangsom in het burgerlijk recht
- VI. E-arbitrage
- VII. Het hoger beroep en het cassatieberoep in burgerlijke zaken in de Nederlandse Antillen en Aruba
- VIII. De civiele zitting centraal: informeren, afstemmen en schikken
- IX. Het inzagerecht

### **Eerder verschenen monografieën:**

1. Procederen bij dagvaarding in eerste aanleg
2. Civiel appel
3. Bewijslastverdeling
4. De grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep in burgerlijke zaken
5. Herroeping, verbetering en aanvulling van burgerrechterlijke uitspraken
6. Procederen met of zonder procesvertegenwoordiging
7. Mediation in juridisch perspectief
8. Ontwikkelingen in het Europees civiel procesrecht
9. De grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep in burgerlijke zaken in de Nederlandse Antillen en Aruba
10. Artikel 6 EVRM en de civiele procedure
11. Vrijwaring & Interventie
12. Nederlands burgerlijk procesrecht en materieel EU-recht

# Tussen waarheid en onzekerheid: over het vaststellen van feiten in de civiele procedure

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van de graad van doctor  
aan de Universiteit van Tilburg,  
op gezag van de rector magnificus, prof. dr. Ph. Eijlander,  
in het openbaar te verdedigen ten overstaan van  
een door het college voor promoties aangewezen commissie  
in de aula van de Universiteit  
op dinsdag 31 mei 2011 om 16.15 uur

*door*

Ruurdtje Hieke de Bock  
geboren op 12 november 1964 te Haarlem

Promotores: Prof. mr. J.B.M. Vranken  
Prof. mr. L.J.A. Damen

Beoordelingscommissie: Prof. mr. W.D.H. Asser  
Prof. mr. I. Giesen  
Prof. mr. H.B. Krans  
Prof. dr. J.A. van Ruler  
Prof. mr. A.C. van Schaick

Lay-out: Anne-Marie Krens – Tekstbeeld – Oegstgeest

ISBN 978-90-13-09116-8  
NUR 822-302

© 2011 R.H. de Bock, Deventer

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgeverij.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h tot en met 16m Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 27 november 2002, Stb. 2002, 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken dient men zich tot de uitgever te wenden.

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Op alle uitgaven van Kluwer zijn de algemene leveringsvoorwaarden van toepassing. Deze kunt u lezen op [www.kluwer.nl](http://www.kluwer.nl).

## Woord vooraf

De ideeën voor dit boek zijn voor een belangrijk deel voortgekomen uit mijn rechterswerk, aanvankelijk bij de rechtbank Assen, later bij het gerechtshof Leeuwarden en de afgelopen jaren bij het gerechtshof Amsterdam. Iedereen met wie ik bij deze colleges heb samengewerkt, wil ik bedanken voor de inspirerende werkomgeving. Het was en is een plezier om rechter te zijn.

Het was bijzonder prettig om enkele maanden studieverlof te krijgen van het gerechtshof Leeuwarden, ondersteund door de vakgroep Privaatrecht van de Universiteit van Tilburg. Ook wil ik de vakgroep Bestuursrecht en Bestuurskunde van de Rijksuniversiteit Groningen bedanken voor de gastvrijheid die ik daar heb genoten. Daardoor had ik een basis om aan dit boek te werken.

Prof. L.J.A. Damen en prof. J.B.M. Vranken zijn als promotoren opgetreden. Ik ben hen veel dank verschuldigd voor hun kritische, maar altijd stimulerende en enthousiaste begeleiding. Dankzij hen heb ik het boek zijn vorm kunnen geven.

Ten slotte ben ik heel blij dat mijn lieve kinderen Elies en Melle de registers voor dit boek hebben gemaakt. En natuurlijk ben ik dank verschuldigd aan Hans, die er altijd voor mij is.

Het manuscript is afgesloten per 1 januari 2011.



## **Inhoudsopgave**

- 1. Het selecteren en vaststellen van de feiten door de rechter / 1**
  - 1.1 Inleiding / 1
  - 1.2 Het onderscheid tussen feit en recht / 4
  - 1.3 De afbakening van feiten in de rechterlijke procedure / 9
  - 1.4 De selectie van de relevante feiten / 13
  - 1.5 De verschillende fasen van het vaststellen van feiten door de rechter / 18
    - 1.5.1 De eerste fase: het sorteren van de feiten waarover partijen het eens zijn / 19
    - 1.5.2 De tweede fase: de oneigenlijke bewijsbeslissing / 20
    - 1.5.3 De derde fase: de eigenlijke bewijsbeslissing / 22
  - 1.6 De selectie en vaststelling van feiten is rechtsvinding / 24
  - 1.7 Feiten, interpretatie en waarheidsvinding / 27
  - 1.8 Een plan van behandeling / 34
  - 1.9 Samenvatting / 38
- 2. Het belang van waarheidsvinding / 41**
  - 2.1 Inleiding / 41
  - 2.2 Het verband tussen waarheid en rechtvaardigheid / 43
  - 2.3 Het maatschappelijke belang van waarheid / 47
  - 2.4 Het belang van waarheid in de civiele procedure / 51
    - 2.4.1 De waarheidsplicht / 52
    - 2.4.2 Informatieplichten / 57
    - 2.4.3 Getuigplicht / 58
    - 2.4.4 Onderzoeksbevoegdheden van de rechter / 59
    - 2.4.5 Vrije bewijsleer / 60
    - 2.4.6 Mondelinge behandeling / 61
    - 2.4.7 Twee feitelijke instanties / 63
  - 2.5 Waarheidsvinding en de behoorlijkheid van de procedure / 63
  - 2.6 Waarheidsvinding als beginsel van civiel procesrecht / 69
  - 2.7 Formele en materiële waarheid in het civiele recht / 73
  - 2.8 Samenvatting / 80



<b>3.</b>	<b>Waarheidsvinding en de afhankelijkheid van partijen / 83</b>
3.1	Inleiding / 83
3.2	Partijautonomie als de vrijheid om en waarover te procederen / 88
3.3	Partijautonomie en de vrijheid zijn wederpartij te kiezen / 91
3.4	Partijautonomie en niet-betwiste stellingen / 96
3.5	Partijautonomie, het partijperspectief en de waarheidsplicht van partijen / 102
3.6	Het partijperspectief en de rechterlijke waarheidsvinding / 108
3.7	Partijautonomie en het aanvullen van feiten door de rechter / 111
3.8	Partijautonomie en het aanvullen van rechtsfeiten door de rechter / 116
3.9	Samenvatting / 127
<b>4.</b>	<b>Waarheidsvinding en de procedure / 129</b>
4.1	Inleiding / 129
4.2	Waarheidsvinding in de procedure en processuele waarheid / 132
4.3	De procedurele inbedding van de waarheidsvinding / 136
4.4	De grenzen van de procedure / 139
4.5	Begrenzungen binnen de procedure / 144
4.5.1	De procedure als trechter / 144
4.5.2	Versoepeling van de trechter in het belang van waarheidsvinding / 148
4.6	Waarheidsvinding versus het belang van een voortvarende procedure / 152
4.7	Waarheidsvinding versus het belang van vertrouwelijkheid / 158
4.7.1	Waarheidsvinding en vertrouwelijke gegevens van partijen / 158
4.7.2	De afweging tussen waarheidsvinding en vertrouwelijkheid / 160
4.7.3	Verschil tussen de eigen procespositie en die van de wederpartij / 163
4.7.4	De praktijk van informatievervalsing is voor verbetering vatbaar / 165
4.7.5	Waarheidsvinding en vertrouwelijke gegevens van derden / 168
4.7.6	Functionele verschoningsgerechtigden / 170
4.7.7	De omvang van het verschoningsrecht en waarheidsvinding / 172
4.7.8	Een casuïstische benadering van het verschoningsrecht / 175
4.8	Waarheidsvinding en onrechtmatig verkregen bewijs / 178
4.9	Samenvatting / 182

- 5. Waarheidsvinding en bewijzen / 187**
  - 5.1 Inleiding / 187
  - 5.2 De aard van juridisch bewijzen / 191
  - 5.3 De onzekerheid van juridisch bewijzen / 196
  - 5.4 De door de rechter benodigde zekerheid bij de bewijsbeslissing / 201
  - 5.5 Een gekwantificeerde bewijswaarderingsmaatstaf? / 206
  - 5.6 Een intersubjectieve bewijswaarderingsmaatstaf / 210
    - 5.6.1 Relevantie van het bewijsmiddel / 212
    - 5.6.2 Kwaliteit van het bewijsmiddel / 213
    - 5.6.3 Reikwijdte van de bewijsmiddelen / 214
    - 5.6.4 Alternatieve hypothesen / 216
    - 5.6.5 Formulering van de bewijswaarderingsmaatstaf / 218
  - 5.7 Het aannemelijk zijn van feiten / 221
  - 5.8 Waarheidsvinding en bewijslastverdeling / 225
  - 5.9 Samenvatting / 232
- 6. Getuigenbewijs en waarheidsvinding / 237**
  - 6.1 Inleiding / 237
  - 6.2 Getuigenbewijs en vrije bewijswaardering / 241
  - 6.3 De waardering van getuigenbewijs en de rechterlijke overtuiging / 245
  - 6.4 Getuigenverklaringen als bron van kennis; het epistemologische kader / 250
  - 6.5 De betrouwbaarheid en geloofwaardigheid van getuigenverklaringen / 254
  - 6.6 De inschatting van de waarheidsgetrouwheid van getuigenverklaringen / 259
    - 6.6.1 Relevantie van de verklaring / 260
    - 6.6.2 Consistentie van de verklaring / 262
    - 6.6.3 Kwaliteit van de verklaring / 265
    - 6.6.4 Coherentie van de verklaring / 268
    - 6.6.5 Geloofwaardigheid van de verklaring? / 271
  - 6.7 De inschatting van de waarheidsgetrouwheid van getuigenverklaringen en de bewijswaarderingsmaatstaf / 275
  - 6.8 De waardering van de verklaring van een partijgetuige / 278
  - 6.9 Het interpretatieve karakter van (de waardering van) getuigenverklaringen / 281
  - 6.10 Samenvatting / 284

<b>7.</b>	<b>Deskundigenbericht en waarheidsvinding / 289</b>
7.1	Inleiding / 289
7.2	Het epistemologische karakter van een deskundigenbericht / 294
7.3	Het procesrechtelijke karakter van een deskundigenbericht / 298
7.4	De vrijheid van de rechter om een deskundigenbericht in te winnen / 302
7.5	Een maatstaf voor het inwinnen van een deskundigenbericht / 304
7.6	Een vrije waardering van het deskundigenbericht? / 310
7.7	De persoon van de deskundige / 313
7.7.1	De onpartijdigheid van de deskundige / 315
7.7.2	De deskundigheid van de deskundige / 317
7.8	De vraagstelling aan de deskundige / 320
7.9	De beoordeling van het deskundigenbericht / 322
7.10	Een verdergaande beoordeling van deskundigenberichten / 325
7.11	Samenvatting / 332
<b>8.</b>	<b>Slotbeschouwing: feiten vaststellen tussen waarheid en onzekerheid / 337</b>
8.1	Waarheid als oriëntatiepunt voor de rechter / 337
8.2	Een actieve rechter / 338
8.3	Genormeerde bevoegdheden voor de rechter / 339
8.4	Zekerheid wordt niet bereikt / 341
8.5	Rechterlijke waarheidsvinding in stellingen / 343
<b>Summary / 351</b>	
<b>Lijst van aangehaalde literatuur / 363</b>	
<b>Jurisprudentieregister / 393</b>	
<b>Trefwoordenregister / 401</b>	

# 1 Het selecteren en vaststellen van de feiten door de rechter

*“De idee dat de waarheid veel te fragiel is om in een proces gehandhaafd te worden, blijkt een hardnekkige misvatting, de koudwatervrees van de magistraten lijkt soms ongeneeslijk.”<sup>1</sup>*

## 1.1 Inleiding

De belangrijkste grondstof voor elke beslissing van de civiele rechter zijn de feiten van het geval. Een rechterlijke beslissing heeft immers altijd betrekking op een concrete situatie, op een bepaald feitencomplex. Voordat de rechter zich enig oordeel kan vormen, zal zij een beeld moeten hebben van de feiten waarop het geschil tussen partijen betrekking heeft. De rechter zal dan ook altijd beginnen met een vaststelling van de feiten van het geval. Die feiten van het geval zijn het beginpunt voor de rechterlijke oordeelsvorming. In de woorden van Jolowicz:

*“The starting point lies in the real world and so, at the end of the day, does the judgement.”<sup>2</sup>*

Elk geval heeft zijn specifieke feitelijke merites, waarop de rechter acht moet slaan. De rechter zal zelden een beslissing kunnen nemen die een exacte herhaling is van een eerdere beslissing in een soortgelijk geval; bijna altijd zijn er kleine variaties in de feiten waardoor de beslissing net anders uitvalt. Raadkamerdiscussies zijn daardoor in veel gevallen discussies over de feiten.

Misschien zijn het zelfs eerder de feiten dan de rechtsregels die bepalen of de rechter de vordering toewijst en moet de rechterlijke beslissing daarom primair getypeerd worden als een beslissing over de feiten. De feiten maken en breken

1 Benoît Allemeersch (2004) p. 68.

2 J.A. Jolowicz (2000) p. 185.

een zaak; één feitelijk detail kan het verschil zijn tussen toewijzing of afwijzing van een vordering.

Soms wordt gezegd dat de feiten een steeds grotere rol spelen in de civiele procedure. Zo is volgens Asser sprake van een vergrote *feitengevoeligheid* in het proces, vanwege de grotere rol die de rechter tegenwoordig speelt bij de rechtsvorming.<sup>3</sup> Het is moeilijk te bepalen of feiten tegenwoordig een grotere rol spelen bij de rechterlijke oordeelsvorming dan vroeger het geval was. Ook in oudere literatuur, zo zal nog uitvoerig aan de orde komen in hoofdstuk 2, is veelvuldig gewezen op het belang van een zorgvuldige vaststelling van de feiten door de rechter. Dat wijst erop dat er toen ook al sprake was van gevoeligheid voor het belang van de feiten.

Wel kan worden onderschreven dat het sterk toegenomen gebruik van open normen, waarbij de rechter invulling moet geven aan de hand van de feiten en omstandigheden van het concrete geval, bijdraagt aan het belang van alle feitelikheden in een individuele zaak. Hierop is een groot aantal jaren geleden al gewezen door Polak:

*“(...) in het merendeel van de gevallen nemen de feiten in de rechterlijke beslissing een allesbeheersende plaats in. (...) Rechtsvinding is in de praktijk verworden tot jus in casu: een beslissing van geval tot geval.”*<sup>4</sup>

Toch kan hier moeilijk met Polak worden gesproken over *verworden* van rechtsvinding. Ondanks de kritiek die mogelijk is op het royale gebruik van open normen door wetgever en Hoge Raad – het kan leiden tot rechtsonzekerheid en willekeur –, is het naar hedendaagse inzichten juist een groot goed dat de rechterlijke beslissing zoveel mogelijk is toegespitst op het individuele geval.<sup>5</sup> En dat kan alleen wanneer de rechter aandacht kan besteden aan alle merites van het geval.

Op de belangrijke rol die feiten spelen in het rechtsvindingsproces is in Nederland vooral gewezen door Scholten.<sup>6</sup> Al in de eerste helft van de vorige eeuw benadrukte hij het belang van de feiten van het geval voor de rechterlijke oordeelsvorming. Zo schreef hij:

*“Juist in het concrete – veel meer dan in het algemene van het opstellen van een regel – handelt de mens in rechte. Reeds de beslissing over de feiten doet de eigen waarde van deze beslissing gevoelen.”*<sup>7</sup>

3 W.D.H. Asser (2009) p. 22.

4 J.M. Polak (1953) p. 61.

5 Vergelijk M.A. Loth (2010) p. 405-406.

6 C.E. Smith (1999) p. 16 e.v.

7 Paul Scholten (1943) p. 10.

Juist in de concreetheid van de rechterlijke beslissing, in de gerichtheid op de feiten van het geval, ligt het oordelende karakter van de beslissing, zegt Scholten.

Met de gerichtheid op de feiten van het concrete geval is ook een typering van de jurist te geven. Juristen zijn *casusgericht* en zij spreken bij voorkeur over concrete gevallen – fictief of reëel –, zelfs wanneer het over rechtsregels gaat.<sup>8</sup>

Ondanks het belang van feiten voor de rechterlijke beslissing en de voorliefde van juristen voor de *casus*, is er in de literatuur relatief weinig aandacht voor feitenvaststelling.<sup>9</sup> Dit rechtvaardigt het onderhavige onderzoek, dat uitsluitend gewijd is aan het vaststellen van feiten door de rechter.

Het vaststellen van feiten door de rechter is op het eerste gezicht een beperkt onderwerp. Het blijkt echter raakvlakken te hebben met tal van andere (juridische) vraagstukken of discussies. Deze zullen in de loop van dit betoog de revue passeren, waarbij zij zoveel mogelijk thematisch gerangschikt zijn rond een per hoofdstuk te behandelen onderwerp.

Vanwege de veelheid aan vraagstukken en discussies waarmee het vaststellen van feiten door de rechter is verbonden, is het onvermijdelijk dat deze vraagstukken niet altijd tot de bodem worden uitgediept; elk afzonderlijk hoofdstuk zou ook een boek rechtvaardigen. Ik heb echter gekozen voor een zo breed mogelijke behandeling van het onderwerp ‘feitenvaststelling door de rechter’, waarin zoveel mogelijk aspecten daarvan – meer specifiek van *waarheidsvinding*, zo zal blijken – aan de orde komen. De keerzijde daarvan is dat sommige aspecten een beknopte bespreking krijgen.

In dit eerste hoofdstuk zal worden ingegaan op enkele voorvragen rond het vaststellen van feiten door de rechter. De eerste voorvraag is wat eigenlijk moet worden verstaan onder feiten in de rechterlijke procedure. Het feit-begrip heeft in de procedure een specifieke betekenis, die ruimer is dan die in het dagelijkse taalgebruik aan feiten wordt gegeven. In de context van de procedure worden feiten met name begrepen in contrast met *rechtsregels*. Feiten worden dus omschreven vanuit de tegenstelling feit – recht. In de rechtsvindingsliteratuur bestaat er echter overeenstemming over dat deze tegenstelling niet zo scherp getrokken kan worden of zelfs in het geheel niet kan worden gemaakt. Dit roept de vraag of het onderscheid feit – recht nog wel kan worden gebruikt om feiten te definiëren. Hieraan zijn de paragrafen 1.2 en 1.3 gewijd.

Een tweede voorvraag is of feiten in de procedure eigenlijk wel *bestaan*. Is er een bepaalde stand van zaken in de wereld die overeenkomt met de door de rechter vastgestelde feiten, of zijn feiten constructies van de rechter, een hulpmiddel om tot de gewenste beslissing te komen? Zijn feiten niet altijd een interpretatie, van partijen of van de rechter, en heeft het dan eigenlijk wel zin om over feiten

8 Zie hierover J.B.M. Vranken (2005) p. 4-13.

9 Zie wel Asser-Vranken (1995); W.D.H. Asser (2009) en R.R. Verkerk (2010).

te spreken? Geldt niet eerder wat de bekende Amerikaanse rechter Jerome Frank ooit zei over feiten in de rechterlijke procedure:

*“Facts are guesses.”*<sup>10</sup>

Hierop zal worden ingegaan in paragraaf 1.7. De behandeling van deze en verwante vragen zal overigens kort zijn in verhouding tot de onuitputtelijke literatuur hierover. Uit deze literatuur is een beperkte selectie gemaakt, waarmee een onderbouwing van de in dit boek gekozen uitgangspunten kan worden gegeven: er zijn feiten, die zich in een onafhankelijk van ons bestaande wereld op een bepaalde wijze voordoen of hebben voorgedaan, en het doel van de rechterlijke vaststelling van feiten is de feiten zoveel mogelijk in overeenstemming daarmee vast te stellen.

In de tussengelegen paragrafen 1.4 en 1.5 zal nader worden ingegaan op de wijze waarop de rechter in de procedure feiten vaststelt. Daarbij is in paragraaf 1.4 eerst aan de orde het selecteren van de feiten die in het concrete geval relevant zijn. De rechter slaat immers niet acht op alle feiten, maar alleen op die feiten die van belang zijn; de vraag is welke feiten dit zijn. Verder zal in paragraaf 1.5 blijken dat feitenvaststelling niet in één methodologisch kader te vangen is. Het vaststellen van feiten vindt plaats in verschillende fasen van de procedure, waarbij elke fase haar eigen karakter heeft.

De gevolgtrekking uit de gegeven omschrijving van de wijze waarop de rechter feiten vaststelt en feiten selecteert, is dat er sprake is van rechtsvinding. Dit is het onderwerp van paragraaf 1.6. Zowel het selecteren van de relevante feiten als het vaststellen van de feiten maken deel uit van het proces van rechterlijke oordeelsvorming.

Ten slotte zal aan de hand van de eerste bevindingen van het onderzoek in paragraaf 1.8 een plan van behandeling voor het vervolg worden gegeven, aan de hand van de daar nader toe te lichten onderzoeksvraag: *hoe kan de rechter bij het vaststellen van feiten in de procedure zoveel mogelijk recht doen aan het belang van waarheidsvinding?*

## 1.2 Het onderscheid tussen feit en recht

Een eenduidige definitie van ‘feit’ is niet te geven. Wat moet worden verstaan onder een feit, hangt af van de context waarin het begrip wordt gebruikt. Dit blijkt al uit de veelheid van begrippen waarmee ‘feit’ kan worden gecontrasteerd: feit versus

10 Jerome Frank (1949) p. 16.

theorie, feit versus mening, feit versus fictie, feit versus norm.<sup>11</sup> Bovendien heeft het begrip ‘feit’ in de loop van de geschiedenis niet altijd dezelfde inhoud gehad.<sup>12</sup>

In de context van de rechterlijke procedure laten feiten zich echter op betrekkelijk eenvoudige wijze omschrijven, omdat gebruik kan worden gemaakt van het onderscheid tussen feit en recht. Dit onderscheid vormt de basis voor het denken over de oordeelsvorming door de rechter. De rechterlijke oordeelsvorming is het resultaat van een toepassing van de rechtsregels op de eerder vastgestelde feiten. De rechter past de algemene, abstract geformuleerde, rechtsregels toe op de concrete feiten van het geval. Het rechterlijk oordeel heeft daarmee de vorm van een syllogisme: de *maior* bevat de toepasselijke rechtsregel, de *minor* vermeldt de feiten en de *conclusio* is het rechterlijk oordeel dat daaruit voortvloeit.<sup>13</sup>

Dit beeld van de rechterlijke oordeelsvorming als een syllogistische redenering, is echter in veel opzichten te simpel, zo wordt in de rechtsvindingsliteratuur algemeen aangenomen.<sup>14</sup> Ten onrechte wordt namelijk gesuggereerd dat de rechterlijke beslissing logisch-dwingend voortvloeit uit de vaststelling van de feiten en de toepassing van de juiste rechtsregel. Telders acht het dan ook ‘vroom bedrog’ om de rechterlijke uitspraak te structureren als een syllogisme.<sup>15</sup> Rechtspraak is geen kwestie van dwingende logica; de rechterlijke beslissing berust uiteindelijk altijd op een *keuze*, zo is met name door Scholten voor het voetlicht gebracht:

*“Er is in iedere rechtsvinding logische arbeid, gebondenheid aan gegevens; er is ook altijd vrijheid. (...) Slechts hij kan bezwaar tegen deze conclusie maken, die meent, dat beslissingen alleen worden gevonden door logische voortredeneren vanuit een bepaald punt, een vast gegeven, waaruit men stap voor stap verder gaat. In waarheid vinden wij ze door zoveel mogelijk gegevens samen te brengen en dan te beslissen. In de beslissing zit ten slotte altijd een sprong.”*<sup>16</sup>

De rechterlijke beslissing is dus niet enkel het resultaat van een toepassing van het recht op de feiten; er is sprake van een ongrijpbaar moment waarin de rechter naar de beslissing ‘springt’. De rechterlijke beslissing kan daarom niet worden gegoten in de vorm van een syllogisme.<sup>17</sup>

11 Barbara J. Shapiro (2000) p. 1.

12 Zie over de ontstaansgeschiedenis van het moderne feit-begrip, waarin in tegenstelling tot het klassieke feit-begrip juist de nadruk ligt op het particuliere karakter van een feit, Barbara J. Shapiro (2000) en Mary Poovey (1998).

13 Vergelijk ook Veegens-Korthals Altes-Groen (2005) p. 192 e.v.

14 Een greep uit de Nederlandse rechtsvindingsliteratuur: P. van Schilfgaarde (2000) p. 227-232 en p. 243-248; C.E. Smith (1998); Asser-Vranken (1995) p. 71 e.v.; J.A. Pontier (1988); G.J. Wiarda (1980) p. 25 e.v.; H.J. Snijders (1978); J.M. Polak (1953); B.M. Telders (1937). Zie over de rol van logica in het recht ook L.M.M. Royakkers (2009) p. 11-20.

15 B.M. Telders (1937) p. 167.

16 Asser-Scholten (1974) p. 76.

17 Verdedigd is dat de syllogistische redenering weliswaar niet bruikbaar is om het proces van totstandkoming van het rechterlijk oordeel te begrijpen, maar dat zij wel een functie heeft bij de



Een ander bezwaar tegen het beeld van rechterlijke oordeelsvorming als het toepassen van het recht op de feiten, is dat in werkelijkheid geen sprake is van elkaar opvolgende fasen, waarin de rechter eerst *sec* de feiten vaststelt en daarna op het vastgestelde feitencomplex de rechtsregels toepast. Het vaststellen van de relevante feiten en het toepassen van rechtsregels zijn met elkaar *verweven*. De rechter gaat steeds heen en weer tussen de feiten en de rechtsregels, waardoor sprake is van een voortdurende wisselwerking tussen feiten en recht.<sup>18</sup> De rechter kan niet uit het niets beginnen met het vaststellen van de feiten, omdat de feitenvaststelling alleen kan plaatsvinden vanuit een bepaalde rechtsregel.<sup>19</sup> Maar aan de andere kant moet de rechter eerst een globaal of voorlopig beeld hebben van de feiten, omdat zij anders niet kan bepalen wat de toepasselijke rechtsregels zijn. Vranken omschrijft het proces van rechterlijke oordeelsvorming hiermee aldus:

*“Zo is er sprake van een continu proces van beginnen, bijstellen, toespitsen, opnieuw bekijken en uiteindelijk de knoop doorhakken.”*<sup>20</sup>

Het vaststellen van de feiten en het toepassen van de rechtsregels lopen dus in elkaar over. Bovendien is vanaf de aanvang van het rechtsvindingsproces de te nemen rechterlijke beslissing van belang. Dit is het doel waarnaar de rechter toewerkt. Het resultaat van de oordeelsvorming moet immers een aanvaardbare beslissing zijn, een beslissing die past in het rechtssysteem en die voldoet aan de eisen van rechtvaardigheid.<sup>21</sup> De rechterlijke oordeelsvorming beweegt zich zo tussen drie componenten: de feiten, de rechtsregels en de te nemen beslissing.

Ook begripsmatig kan geen strikt onderscheid tussen feiten en rechtsregels worden gemaakt.<sup>22</sup> Feiten krijgen pas betekenis in de context van de toepasselijke rechtsregels. Zonder die rechtsregels zijn er voor de rechter zelfs geen feiten vast te stellen:

*“Feiten zijn voor de jurist zonder recht niet goed denkbaar”.*<sup>23</sup>

rechtvaardiging van die beslissing. Zie met name J.H. Nieuwenhuis (1976) p. 494 e.v.; B.M. Telders (1937). Vergelijk ook C.E. Smith (1998) p. 25-31 en Bernard S. Jackson (1988). Bekritiseerd door A.H. de Wild (1979) p. 36 e.v.

18 Zie onder meer C.E. Smith (1998) p. 33 e.v.; Asser-Vranken (1995) p. 71 e.v.; Veegens-Wiersma (1973) p. 29; J.A. Pontier (1988), p. 48 e.v.; G.J. Wiarda (1980) p. 27 e.v.; Asser-Scholten (1974); H.F. Crombag, J.L. de Wijkerslooth en M.J. Cohen (1973) p. 8.

19 Asser-Scholten (1974) p. 120 e.v.

20 Asser-Vranken (1995) p. 73.

21 Zie voor een mooie omschrijving van de eisen waaraan een rechterlijke beslissing moet voldoen, G. de Groot (2008) p. 2: *“Een rechterlijke beslissing moet begrijpelijk zijn met het hoofd, invoelbaar met het hart, en uitvoerbaar met de benen.”*

22 Zie hierover uitvoerig R.J. Allen en M.S. Pardo (2003).

23 T. Koopmans (1982) p. 80.

Feitenvaststelling in de procedure vindt altijd plaats *vanuit* de rechtsregels en wordt ook beïnvloed door die rechtsregels. De rechter kijkt door de bril van het recht naar de feiten. Een rechter denkt in juridische categorieën en deze vormen het kader dat de rechter gebruikt om de feiten vast te stellen. Lees bijvoorbeeld Storme:

*“Wanneer wij het over feiten hebben, [gaat] het helemaal niet om feiten die geabstraheerd zijn van elke juridische kleuring, van elke juridische kwalificatie (...). In tegendeel, de feiten van het geval kunnen niet begrepen worden als ‘une tranche de vie découpée d’une réalité humaine et sociale exempte de toute imprégnation juridique’, maar slechts als een reeds geconceptualiseerde levensverhouding, geconstrueerd in functie van het voorwerp van de eis, van het geschil.”*<sup>24</sup>

De toepasselijke rechtsregels vormen de interpretatieve context waarbinnen de rechter de feiten vaststelt. Het feitenrelaas is daardoor altijd gekleurd door het juridische begrippenkader. Het recht conceptualiseert als het ware de feiten.<sup>25</sup>

Dit is ook noodzakelijk, omdat de rechter anders niet de brug zou kunnen slaan tussen feiten en rechtsregels, tussen maior en minor.<sup>26</sup> Feiten zijn concreet en individueel bepaald, terwijl rechtsregels juist algemene begrippen bevatten en generalisaties zijn. Dit betekent dat er niet een één-op-één relatie tussen feiten en regels bestaat. Om het recht te kunnen toepassen op de feiten, moet de rechter de feiten in termen van de rechtsregel formuleren en de feiten dus interpreteren vanuit de rechtsregel.

Maar ook het omgekeerde geldt: de rechtsregels moeten geconcretiseerd worden naar de feiten van het geval. Het recht wordt ook gevormd door de feiten. Wat recht is, is geen vast en onveranderlijk gegeven. Het recht moet altijd worden uitgelegd, waarbij de rechter zich dient af te vragen wat precies de reikwijdte van een toepasselijke rechtsregel is en of die regel in het concrete geval wellicht moet worden ‘*vervormd, verruimd of verengd, aangevuld of verfijnd en aldus pasklaar wordt gemaakt om in concreto bevredigend te kunnen werken*’.<sup>27</sup> De feiten van het geval zijn daarmee medebepalend voor de uitleg en reikwijdte van de rechtsregels. Het recht wordt ‘gefactualiseerd’ door de feiten.<sup>28</sup>

Dit komt heel duidelijk naar voren wanneer een rechtsregel open normen bevat, zoals redelijkheid en billijkheid, of onredelijke bezwarendheid. Dergelijke begrippen moeten van geval tot geval worden ingevuld, aan de hand van alle concrete omstandigheden van het geval. De rechtsregel of rechtsnorm geeft dan zelf geen uitsluitsel over de te nemen beslissing; de beslissing moet worden gevonden in de feiten. De feiten maken als het ware zelf deel uit van de rechtsnorm.

24 M.E. Storme (1992) p. 351.

25 François Rigaux (1990) p. 10.

26 Veegens-Korthals Altes-Groen (2005) p. 193.

27 Asser-Vranken (2005) p. 105.

28 François Rigaux (1990) p. 10.

Feiten en recht moeten zo naar elkaar toe worden gebogen. Wanneer de rechter dat achterwege zou laten en feit en recht elk in een afzonderlijk domein zouden blijven, zou het onmogelijk zijn voor de rechter om het recht op de feiten toe te passen. In de woorden van Rigaux:

*“(...) fact and law do not belong to two different worlds, as if fact occupied the earthly space of crude factuality and law was accommodated in a celestial universe of pure normativity. At any rate, if it were so they would never be able to meet.”*<sup>29</sup>

Dat de inhoudelijke vaststelling van de feiten plaatsvindt onder invloed van de toepasselijke rechtsregels, betekent dat feiten niet ‘neutraal’ zijn, maar altijd een juridisch-kwalificerend karakter hebben.<sup>30</sup>

Het *kwalificeren* van feiten is weliswaar als een afzonderlijke rechterlijke activiteit aan te merken. De rechter stelt eerst vast wat de relevante feiten zijn; vervolgens kwalificeert zij die feiten door na te gaan of de feiten al dan niet onder het bereik van een bepaalde rechtsregel vallen. Zo beoordeelt de rechter bijvoorbeeld of een bepaald feitencomplex al dan niet als een tekortkoming in de zin van art. 6:74 BW moet worden aangemerkt. Wanneer de rechter feiten kwalificeert, bepaalt zij in feite wat de juridische betekenis van die feiten is of hoe die feiten juridisch benoemd moeten worden.<sup>31</sup>

Het vaststellen van feiten is echter ook verweven met de kwalificatie van de feiten.<sup>32</sup> Juist omdat een vaststelling van feiten beïnvloed wordt door de toepasselijke rechtsregels en plaatsvindt met het oog op die rechtsregels, dringt in de feiten ook al een kwalificatie door. Vergelijk de opmerking van Hoetink over feiten in de procedure:

*“Vaststelling en interpretatie liggen vlak bij elkaar en de jurist weet dat interpretatie nooit geheel los is van appreciatie, van waardering.”*<sup>33</sup>

Het gaat hier om een glijdende schaal: feiten zijn in meer of mindere mate kwalificerend of waarderend van aard. Wanneer het gaat om totstandkoming van een overeenkomst, is dit een feit met een sterk kwalificerend karakter.<sup>34</sup> Maar het antwoord op de vraag of sprake is van overschrijding door een auto van de maximumsnelheid van 50 km per uur, vraagt niet of nauwelijks kwalificatie.

29 François Rigaux (1990) p. 48.

30 Idem Patrick Nerhot (1990) p. 58.

31 Veegens-Korthals Altes-Groen (2005) p. 210 e.v.; R.W.J. Crommelin (2007) p. 260.

32 Idem Veegens-Korthals Altes Groen (2005) p. 124. Vergelijk ook William Twining (2006) p. 115.

33 H.R. Hoetink (1953) p. 55.

34 Vergelijk C.E. Smith (2004) p. 22-23.

Feit en recht zijn dus nauw verweven. Feiten worden vastgesteld vanuit de context van de juridische rechtsregels en worden daardoor ook beïnvloed door de rechtsregels. Anderzijds worden rechtsregels beïnvloed door de feiten.

### **1.3 De afbakening van feiten in de rechterlijke procedure**

Dat de rechterlijke oordeelsvorming niet kan worden begrepen als een simpele toepassing van het recht op de feiten en dat er geen scherp onderscheid kan worden gemaakt tussen feiten en recht, omdat de feiten altijd worden vastgesteld binnen de context van de toepasselijke rechtsregels en daarmee beïnvloed worden door die rechtsregels, betekent echter niet dat ook afscheid moet worden genomen van het onderscheid tussen feit en recht.<sup>35</sup> In de *praktijk* van de rechterlijke oordeelsvorming is het vaststellen van de feiten namelijk een activiteit die zich onmiskenbaar laat onderscheiden van het toepassen van de rechtsregels.

De feiten van het geval leidt de rechter af uit de processtukken van partijen en de mondelinge toelichting daarop; de rechtsregels blijken uit de wet en de jurisprudentie. Bij onduidelijkheid over de feiten, kijkt de rechter naar partijen; bij onduidelijkheid over de rechtsregels moet de rechter het zelf zien op te lossen.

Ook civiele vonnissen en arresten volgen in hun opbouw het onderscheid tussen feiten en recht. Eerst wordt een opsomming gegeven van de relevante feiten die tussen partijen vaststaan en daarna volgt de beoordeling, waarin de toepasselijke rechtsregels aan de orde komen en besproken wordt wat de toepassing van die regels op de vastgestelde feiten betekent voor de toewijsbaarheid van de vordering. Tegen deze achtergrond – dat dagelijks *gebruik* wordt gemaakt van het onderscheid tussen feit en recht – kan moeilijk worden volgehouden dat het onderscheid niet te maken is. Zie hierover Kirgis:

*“(...) the key to drawing useful conclusions about the fact-law distinction is to focus not on the meanings of terms, but on the behaviour of judicial actors invoking the fact-law distinction in practice.”*<sup>36</sup>

Deze benadering zal ook hier worden gevolgd: welke *rol* speelt het onderscheid tussen feit en recht bij de rechterlijke oordeelsvorming in de rechtspraktijk? Het onderscheid tussen feit en recht blijkt in ieder geval op twee punten van belang te zijn.<sup>37</sup>

35 Zie voor dezelfde conclusie, met nadere literatuurverwijzingen, Veegens-Korthals Altes-Groen (2005) p. 209 e.v.

36 Paul F. Kirgis (2004) p. 50.

37 In andere rechtsstelsels kan het onderscheid andere functies hebben. Zo fungeert het bij juryrechtspraak om de competentie tussen rechter en jury af te bakenen: rechtsvragen zijn voor de rechter en vragen die betrekking hebben op feitelijke kwesties, zijn voor de jury. Wanneer een systeem van precedentwerking van rechterlijke uitspraken geldt, wordt het onderscheid gebruikt om te

In de eerste plaats fungeert het onderscheid tussen feit en recht als criterium bij de afbakening van de competentie van de cassatierechter. De rechtbank en het hof oordelen als feitenrechter over feiten en recht; de cassatierechter toetst slechts de toepassing van het recht. De cassatierechter stelt, uitzonderingen daargelaten, zelf geen feiten vast, maar toetst de toepassing van het recht op basis van de door de feitenrechter vastgestelde feiten.<sup>38</sup> Om deze reden kunnen alleen rechtsoordelen ter toetsing aan de Hoge Raad worden voorgelegd; feitelijke oordelen liggen buiten de toetsing door de Hoge Raad.

De grens tussen feitelijke oordelen en rechtsoordelen is niet scherp te trekken en soms zelfs arbitrair. Dat geldt met name voor oordelen die de feiten kwalificeren.<sup>39</sup> Strikt genomen is elk kwalificerend oordeel als een rechtsoordeel aan te merken. Elke kwalificatie van een feit houdt immers al een bepaalde interpretatie in van de feiten en de aan de orde zijnde rechtsbegrippen.<sup>40</sup> In de praktijk oordeelt de Hoge Raad echter vaak dat kwalificatiebeslissingen van de feitenrechter verweven zijn met waarderings van feitelijke aard en daarom in cassatie niet op juistheid kunnen worden getoetst. De Hoge Raad heeft zich hier de nodige beslissingsruimte toegeëigend, zodat niet altijd voorspelbaar is of een beslissing van een lagere rechter als van feitelijke aard of als een rechtsoordeel zal worden aangemerkt.<sup>41</sup>

In de tweede plaats speelt het onderscheid tussen feit en recht bij de rechterlijke oordeelsvorming een belangrijke rol bij de taakverdeling tussen rechter en partijen in het civiele procesrecht. Het is de taak van de rechter om het recht toe te passen, zoals blijkt uit 25 Rv, waarin is bepaald dat de rechter ambtshalve de rechtsgronden aanvult. De rechter kent het recht (*ius curia novit*) en moet dat recht ook zelfstandig toepassen op de feiten, onafhankelijk van wat partijen daarover hebben aangevoerd.

De keerzijde van de plicht om het recht aan te vullen, is het verbod aan de rechter om de feiten aan te vullen, zo is neergelegd in art. 149 Rv, lid 1, eerste volzin:

*“Tenzij uit de wet anders voortvloeit, mag de rechter slechts die feiten of rechten aan zijn beslissing ten grondslag leggen, die in het geding aan hem ter kennis zijn gekomen of zijn gesteld en die overeenkomstig de voorschriften van deze afdeling zijn komen vast te staan.”*

bepalen hoe ver de precedentwerking zich uitstrekt. Rechtsvragen die door de rechter zijn beantwoord, kunnen precedentwerking hebben, maar feitelijke kwesties hebben dat niet.

38 Met uitzondering van situaties waarin de Hoge Raad moet oordelen over ontvankelijkheidsvragen of ander excepties; daarin oefent de Hoge Raad wel de rechterlijke taak in volle omvang uit. Vergelijk art. 418a Rv.

39 Zie voor een bespreking van vooral Franse en Duitse literatuur over deze vraag Veegens-Korthals Altes-Groen (2005) p. 192 e.v.

40 Veegens-Korthals Altes-Groen (2005) p. 210-211.

41 Veegens-Korthals Altes-Groen (2005) p. 219.

Dit betekent dat het op de weg van partijen ligt om in de gedingstukken de feiten naar voren te brengen. Op haar beurt is het aan de rechter om op die feiten het recht toe te passen. Deze taakverdeling wordt ook uitgedrukt in het adagium *da mihi facta dabo tibi ius*: geef mij de feiten, dan geef ik u het recht.

Het onderscheid tussen feiten en recht heeft hier als doel om de taakverdeling tussen partijen en rechter af te bakenen. Partijen moeten de feiten aandragen; de rechter moet het recht toepassen. In de praktijk blijkt deze grens echter niet altijd zo scherp te trekken, vooral als gevolg van het gegeven dat het wél de taak van de rechter is om de feiten *vast te stellen*. Op deze problematiek zal nog nader worden ingegaan in de paragrafen 3.7 en 3.8.

Met behulp van het onderscheid tussen feit en recht wordt in de rechtspraktijk dus de taak van de cassatierechter afgebakend en de taakverdeling tussen partijen en rechter bepaald; het is daarmee een *functioneel* onderscheid. Vanuit dit functionele onderscheid tussen feit en recht, zou als feit kunnen worden aangemerkt: alles wat géén recht is.

Een aanknopingspunt voor een nadere omschrijving zou kunnen worden gevonden in art. 149 Rv, lid 1, eerste volzin. Daarin is bepaald dat de rechter slechts die feiten of rechten aan haar beslissing ten grondslag mag leggen, die in het geding aan haar ter kennis zijn gekomen of zijn gesteld en die overeenkomstig de bewijsregels zijn komen vast te staan. Dit laatste element, het overeenkomstig de bewijsregels zijn komen vast te staan, biedt een handvat voor een nadere omschrijving van feiten in de procedure: een feit is datgene dat *vatbaar is voor bewijslevering voor de rechter*. Het vatbaar zijn voor bewijslevering is daarmee bepalend voor wat een feit is.<sup>42</sup>

In de rechterlijke procedure gaat het altijd om stellingen van partijen over feiten en het is op die stellingen dat bewijslevering betrekking heeft. Een partij stelt dat afgesproken is dat de koopprijs € 100,- bedroeg en grondt daar haar vordering op; bij betwisting zal door de wederpartij bewijs moet worden geleverd van de stelling dat een koopprijs van € 100,- is afgesproken. Strikt genomen gaat het dus om de vatbaarheid van *stellingen* voor bewijslevering voor de rechter; zolang de stelling niet bewezen is, is zij in feite niet meer dan een *hypothese*. De bij wijze van hypothese opgeworpen stelling moet dan door een partij worden bewezen door (andere) feiten en omstandigheden, zo is de gedachte die ten grondslag ligt aan de vaak gebruikte formulering in rechterlijke bewijsopdrachten: “*draagt X op te bewijzen feiten of omstandigheden waaruit volgt dat ....*” Korthedshalve zal echter gesproken worden over feiten die de rechter vaststelt, en feiten die vatbaar zijn voor bewijslevering, waarin die laatstbedoelde feiten dus slechts bij wijze van hypothese gestelde feiten zijn.

42 C. Perelman (1963) p. 10, wijst erop dat bij Aristoteles niet alleen van feiten, maar ook van rechtsgevolgen bewijs kon worden geleverd. Perelman leidt hieruit af dat er destijds geen scherpe scheiding der machten bestond.

Met het criterium dat een feit datgene is dat vatbaar is voor bewijslevering, wordt niet als feit aangemerkt, wat niet vatbaar is voor bewijslevering. Rechtsregels vallen daarmee buiten de definitie. Het is de taak van de rechter om het recht te kennen en toe te passen. Dit betekent dat de rechter geen bewijs mag vragen van het recht,<sup>43</sup> zoals ook volgt uit het adagium *juridica non sunt probanda*.<sup>44</sup>

Rechten vallen echter wel onder het feit-begrip. Dit volgt uit art. 149 Rv, want ook van (subjectieve) rechten kan bewijs worden geleverd. Wanneer bijvoorbeeld een partij stelt dat zij eigenaar is van een perceel grond, beroept zij zich daarmee op een subjectief recht, dat is een feit waarvan zonedig bewijs kan worden geleverd.

Feiten of omstandigheden van algemene bekendheid en algemene ervaringsregels vallen eveneens onder het feit-begrip.<sup>45</sup> Begripsmatig geldt voor ervaringsregels dat zij liggen op ‘een grensgebied tussen de feiten en het recht’.<sup>46</sup> Maar ook dit zijn feiten in de zin van de wet, nu ook van deze feiten bewijs kan worden geleverd. Wel bepaalt het tweede lid van art. 149 Rv dat zij geen bewijs *behoeven*; de rechter kan deze feiten vaststellen zonder bewijslevering, op grond van haar eigen inzichten.

Hetzelfde geldt voor de zogenoemde processuele feiten.<sup>47</sup> Dat zijn feiten die de rechter zelf vaststelt in de procedure, bijvoorbeeld dat een partij niet ter zitting is verschenen. Deze feiten vallen eveneens onder het feit-begrip, maar ook hier geldt dat de rechter ze kan vaststellen zonder bewijslevering.

Al met al levert de omschrijving van ‘feit’ in de rechterlijke procedure als ‘alles waarvan bewijs kan worden geleverd’, een bijzonder ruime categorie op. Verschillende begripsmatige beperkingen die in een andere context het feit-begrip begrenzen, zijn niet aan de orde voor het feit-begrip in de procedure. Zo geldt niet dat feiten in de procedure altijd empirisch waarneembare feiten zijn.<sup>48</sup> Ook feiten die niet zintuiglijk waarneembaar zijn, lenen zich immers voor bewijslevering. Het is mogelijk bewijs te leveren van een mondelinge overeenkomst of van een toezegging. Feiten hoeven ook niet objectief te zijn. Bewijs kan ook betrekking hebben op bijvoorbeeld het bestaan van een bepaalde geestestoestand, wat een uitermate subjectieve aangelegenheid is.

43 In dit systeem past niet goed de beslissing van de Hoge Raad, dat de rechter wél een deskundigenbericht kan inwinnen over rechtsvragen: HR 24 december 2010, LJN BO3528; HR 2 februari 1990, NJ 1991, 1 m.nt. JBMV. Weliswaar gaat het hier om het inwinnen van een deskundigenbericht en niet om bewijslevering door partijen. Vranken wijst er in zijn noot op dat de beslissing van de Hoge Raad in rechtsvergelijkend perspectief bijzonder is, omdat het in bijna geen enkel land de rechter is toegestaan om een deskundigenbericht in te winnen over juridische vragen.

44 HR 17 februari 2006, NJ 2006, 378 m.nt. M.M. Mendel en Hof Den Haag 26 maart 2003, NJ 2003, 249 (gevolgd door HR 18 maart 2005, NJ 2006, 606 m.nt. J.B.M. Vranken).

45 Zie over feiten van algemene bekendheid en ervaringsregels nader R.W.J. Crommelin (2007) p. 141 e.v.

46 Veegens-Korthals Altes-Groen (2005) p. 243.

47 Zie over processuele feiten nader R.W.J. Crommelin (2007) p. 150 e.v.

48 Zie ook reeds Paul Scholten (1935) p. 97.

Evenmin kan worden volgehouden dat feiten een particulier of atomair karakter hebben, waarmee zij zich zouden onderscheiden van rechtsregels, die een algemeen karakter hebben.<sup>49</sup> Bewijs kan worden geleverd van een bepaald handelsgebruik, een gewoonterecht, of verkeersopvattingen, zodat ook hier sprake is van feiten. Ook kan bewijs aan de orde zijn van een causale relatie, zoals bijvoorbeeld het bewijs van causaal verband tussen schade en een onrechtmatig handelen. Kortom, feiten in de procedure beslaan een breed terrein:

*“... alle elementen en complexen van elementen van het ‘zijn’ en ‘gebeuren in de materiële wereld, maar ook (...) alle verschijnselen van psychische aard, zoals gedachten, gevoelens, voorstellingen e.d., derhalve op al hetgeen wij ons als werkelijkheid voorstellen of zich als zodanig aan ons voordoet.”*<sup>50</sup>

Maar zelfs deze ruime omschrijving is wellicht nog niet ruim genoeg. Er zou uit kunnen worden afgeleid dat feiten in de procedure altijd betrekking hebben op gebeurtenissen die zich in de (materiële of psychische) werkelijkheid hebben voorgedaan. Ook toekomstige gebeurtenissen kunnen echter onderwerp zijn van bewijsoverleg. Zo kan in het kader van de begroting van schade aan de orde zijn wat er gebeurd zou zijn als het schadetoebrengende voorval zich niet zou hebben voorgedaan; het gaat dan om bewijs van toekomstige, hypothetische, gebeurtenissen.

Het feit-begrip is daarmee zo ruim geworden, dat geconcludeerd moet worden dat het alles omvat dat in het kader van de onderbouwing van een vordering gebruikt kan worden, met uitzondering van rechtsregels. Daarmee blijkt het onderscheid tussen feit en recht waarmee paragraaf 1.2 begon, uiteindelijk toch bepalend te zijn voor een omschrijving van feiten in de procedure: feit is alles dat geen recht is.

#### **1.4 De selectie van de relevante feiten**

In het proces van feitenvaststelling gaat de rechter om te beginnen na welke feiten *relevant* zijn. Feiten die niet relevant zijn, blijven buiten beschouwing. Dit roept de vraag op wat de relevante feiten zijn en hoe de rechter deze selecteert.

Relevantie is een relatief begrip: iets is niet in absolute zin relevant, maar relevant (bruikbaar, van belang) *voor* iets anders.<sup>51</sup> Het ligt voor de hand om alleen die feiten als relevante feiten in de rechterlijke procedure aan te merken, die bruikbaar zijn of nodig zijn voor het toepassen van de rechtsregels. Welke regels dat zijn, moet blijken uit de grondslag van de vordering en het gevoerde verweer.

49 Zie over dit aspect, dat bij uitstek het moderne feit-begrip typeert, Mary Poovey (1998).

50 H. Thesing (1961) p. 13. Vergelijk ook F.G. Scheltema (1939) p. 37: feiten kunnen bestaan uit materiële gebeurtenissen en toestanden, maar kunnen ook van psychische aard zijn; feiten kunnen ervaringsregelen, technische oordelen of normen met een bepaalde inhoud betreffen.

51 Zie J.L. Montrose (1954) p. 588: ‘*there is no relevance in the air*’.



Wanneer bijvoorbeeld een verkoper betaling van de koopsom vordert en de koper stelt daar tegenover dat een lagere koopsom overeengekomen is, gaat het erom feitelijk vast te stellen wat partijen precies overeengekomen zijn over de hoogte van de koopsom. Uit art. 7:26 lid 1 BW volgt immers dat de koper verplicht is de overeengekomen prijs te betalen.

Maar wanneer de koper als verweer voert dat hij zich op een opschortingsrecht beroept omdat het door de koper geleverde niet deugdelijk is, is ook relevant (i) wat de eigenschappen van het geleverde zijn, en (ii) wat de koper daarover op grond van de overeenkomst mocht verwachten. Dat deze feiten relevant zijn, volgt uit art. 7:17 lid 2 BW. En wanneer de verkoper vervolgens aanvoert dat de koper te lang heeft gewacht met zijn beroep op de ondeugdelijkheid van de geleverde zaak, brengt art. 7:23 lid 1 BW mee dat relevante feiten zijn (iii) wanneer de koper voor het eerst geklaagd heeft over het gekochte en (iv) wanneer de koper ontdekt heeft dat het gekochte niet aan de overeenkomst beantwoordde dan wel dit redelijkerwijs had behoren te ontdekken.<sup>52</sup>

De vraag welke feiten relevant zijn, moet dus primair worden beantwoord aan de hand van de grondslag die de eisende partij aan zijn vordering geeft en het verweer dat de gedaagde partij daartegen voert. De grondslag van de vordering en het verweer bepalen tezamen welke rechtsregels van toepassing zijn. Uit de toepasselijke rechtsregels is af te leiden welke feiten relevant zijn, namelijk die feiten die nodig zijn om de rechtsregels in het concrete geval toe te passen.

Hier doen zich echter verschillende problemen voor. Om te beginnen is de veronderstelling dat uit een rechtsregel is af te leiden welke feiten relevant zijn, problematisch. Zoals in paragraaf 1.2 al aan de orde kwam, moeten feiten en rechtsregels naar elkaar toe worden gebogen. Uit de regel dat de koper binnen bekwame tijd moet reclameren bij de verkoper, volgt niet rechtstreeks welke feiten relevant zijn om de regel toe te passen. Eerst moet bekend zijn hoe alle gehanteerde begrippen – koper, verkoper, reclameren, binnen bekwame tijd – geïnterpreteerd moeten worden, welke betekenis aan deze begrippen moet worden toegekend. Vervolgens moet worden nagegaan of de feiten van het geval zo moeten worden opgevat, dat zij vallen onder de betekenis of reikwijdte van de in de rechtsregel gehanteerde begrippen. De beantwoording van de vraag welke feiten relevant zijn, vergt dus altijd *interpretatie*, zowel van de feiten van het concrete geval als van de rechtsregels.

Hierbij komt dat lang niet altijd uit de toepasselijke rechtsregel kan worden afgeleid welke feiten relevant zijn voor de toepassing van die regel. Zo is het nog niet zo eenvoudig om aan te geven welke feiten relevant zijn bij de beantwoording van de vraag of het gekochte voldoet aan hetgeen de koper daarvan redelijkerwijs mocht verwachten. De reden daarvoor is niet alleen dat de in deze rechtsregel

52 Art. 7:23 lid 1 BW bepaalt: De koper kan er geen beroep meer doen dat hetgeen is afgeleverd niet aan de overeenkomst beantwoordt, indien hij de verkoper daarvan niet binnen bekwame tijd nadat hij dit heeft ontdekt of redelijkerwijs had behoren te ontdekken, kennis heeft gegeven.

gehanteerde begrippen ('redelijkerwijs mocht verwachten') een open karakter hebben, maar ook dat het begrip relevantie zélf onbepaald is.

Deze onbepaaldheid blijkt wanneer we nader willen omschrijven wanneer een feit relevant is voor de toepassing van een regel. Dat is het geval wanneer op een of andere manier een relatie of een verband kan worden gelegd tussen het feit en de regel. Het is echter niet mogelijk om op eenduidige wijze aan te geven wat de aard van die relatie of dat verband zou moeten zijn.

Feiten kunnen relevant zijn voor de toepassing van een rechtsregel omdat ze een relatie leggen tussen het feit en het in de rechtsregel gehanteerde rechtsbegrip, dus voor de kwalificatie van het feit. Zo is de vaststelling dat een bepaalde zaak nagelgebonden is verenigd met de ondergrond, relevant voor de kwalificatie van die zaak als roerend of onroerend. Feiten kunnen echter ook relevant zijn omdat ze steun bieden voor bepaalde gevolgtrekkingen. Er is dan sprake van een causale relevantie: het feit is relevant omdat het in een oorzakelijk verband tot een ander feit of een bepaalde gevolgtrekking staat. Een andere mogelijkheid is dat feiten relevant zijn omdat ze een bepaalde context geven, waarin het geschil beoordeeld moet worden. Dergelijke feiten geven informatie over de achtergrond van het geschil of plaatsen het geschil in een breder verband.

Kortom, relevantie is niet meer dan een tamelijk los verband tussen zaken, dat afhankelijk van het specifieke geval nader moet worden ingevuld. Wat relevant is en wat niet relevant is, hangt daarmee steeds af van de specifieke omstandigheden van het geval:

*"The categories of relevance are never closed. It cannot be laid down a priori that members of one class of facts are never relevant to members of another class of facts, or are only relevant in a limited number of ways. Everything depends on the circumstances."*<sup>53</sup>

Dat relevantie een onbepaald begrip is, brengt mee dat er niet een omlijnende verzameling feiten is die relevant is voor de toepassing van een rechtsregel.

Dit komt heel duidelijk naar voren wanneer de rechter toepassing moet geven aan open normen, zoals de redelijkheid en billijkheid.<sup>54</sup> De Hoge Raad pleegt te overwegen dat bij billijkheidsoverwegingen *de rechter acht dient te slaan op alle omstandigheden van het geval*. Dat betekent dat bij de toepassing van de norm van redelijkheid en billijkheid, in beginsel alle omstandigheden, alle feiten van het geval, relevant zijn voor de rechterlijke oordeelsvorming.

De instructie om 'acht te slaan op alle omstandigheden van het geval' beperkt zich niet tot situaties waarin expliciet een afzonderlijke toetsing aan de norm van

<sup>53</sup> J.L. Montrose (1954) p. 365.

<sup>54</sup> Vergelijk hierover J.M. Barendrecht (1992), die als groot nadeel van het gebruik van vage normen noemt dat onbekend is welke omstandigheid of omstandigheden de rechter in een concreet geval beslissend zal achten.

redelijkheid en billijkheid aan de orde is.<sup>55</sup> In vele andere wettelijke bepalingen is een toetsing aan de redelijkheid vervat, waarbij de rechter steeds moet oordelen aan de hand van alle omstandigheden van het geval. Denk bijvoorbeeld aan de vraag of sprake is van kennelijk onredelijk ontslag<sup>56</sup> en of er een recht bestaat op immateriële schadevergoeding.<sup>57</sup>

Maar ook wanneer de rechter invulling moet geven aan andere begrippen dan de redelijkheid, moet de rechter oordelen met inachtneming van alle omstandigheden van het geval. Dit geldt bijvoorbeeld voor de vraag of de tekortkoming de ontbinding rechtvaardigt.<sup>58</sup> Ook de uitleg van een overeenkomst dient plaats te vinden met inachtneming van alle omstandigheden van het geval.<sup>59</sup> En steeds wanneer de rechter een belangenafweging moet maken, bijvoorbeeld bij een verzoek om opheffing van een conservatoir beslag, dienen daarbij alle omstandigheden van het geval in aanmerking te worden genomen.

In al deze gevallen kan de rechter niet aan de hand van de toepasselijke rechtsregels bepalen welke feiten wel en welke feiten niet relevant zijn; alle feiten en omstandigheden van het geval moeten in aanmerking worden genomen. Tegelijkertijd is echter wel duidelijk dat ‘alle omstandigheden van het geval’ nooit letterlijk alle omstandigheden van het geval zijn. Het gaat alleen om de omstandigheden die in het concrete geval op een of andere manier gewicht in de schaal kunnen leggen. Ook wanneer aan de hand van alle omstandigheden van het geval getoetst moet worden, zal de rechter dus de relevante feiten moeten selecteren. De toepasselijke rechtsregels geven daarover echter geen uitsluitel.<sup>60</sup>

Een ander probleem bij de selectie van relevante feiten, is hoe ontkomen kan worden aan het probleem van een vicieuze cirkel.<sup>61</sup> Welke feiten relevant zijn, moet worden bepaald aan de hand van de toepasselijke rechtsregels, maar wat de toepasselijke rechtsregels zijn, hangt af van de relevante feiten. Dit is het al eerder genoemde heen-en-weer-gaan tussen feiten en rechtsregels, de cirkelgang die

55 Zie bijvoorbeeld HR 24 maart 2006, NJ 2007, 377 m.nt. C.J.H. Brunner.

56 Zie bijvoorbeeld HR 15 februari 2008, NJ 2008, 111.

57 HR 27 april 2001, NJ 2002, 91 m.nt. CJHB.

58 HR 22 oktober 1999, NJ 2000, 208 m.nt. J.H.

59 HR 2 februari 2007, NJ 2008, 104 m.nt. C.E. du Perron.

60 Soms geeft de Hoge Raad aanwijzingen. Bij de opheffing van een beslag is bijvoorbeeld in aanmerking te nemen de deugdelijkheid van de vordering waarvoor beslag is gelegd, maar ook de mate waarin het beslag bezwaarlijk is voor de beslagene. Ook reikt de Hoge Raad de rechter wel een ‘omstandighedencatalogus’ aan, waaruit geput kan worden. Zo is voor de beoordeling van een geslaagd beroep op een exoneratieclausule, waarin aansprakelijkheid voor bepaalde gedragingen jegens de wederpartij is uitgesloten, van belang: de zwaarte van de schuld, mede in verband met de aard en de ernst van de bij enige gedraging betrokken belangen, de aard en de verdere inhoud van de overeenkomst waarin het beding voorkomt, de maatschappelijke positie en de onderlinge verhouding van partijen, de wijze waarop het beding tot stand is gekomen en de mate waarin de wederpartij zich de strekking van het beding bewust is geweest. Relevante feiten zijn in zo’n geval dus alle feiten die betrekking hebben op de opgesomde omstandigheden.

61 P. van Schilfgaarde (2000) p. 245 e.v.

Vranken aanduidt als ‘de kwadratuur van de cirkel’ (paragraaf 1.2).<sup>62</sup> De rechter zal op een of andere manier uit deze cirkelgang moeten breken en ergens een beginpunt moeten vaststellen.

Smith lost dit probleem op door de rechterlijke oordeelsvorming te zien als een handelingspraktijk. De rechter is in staat de relevante feiten te selecteren, omdat zij geleerd heeft om op een bepaalde manier aan te kijken tegen de feiten binnen de context van een juridisch vraagstuk.<sup>63</sup> De participatie in de rechtspraktijk maakt het de rechter mogelijk de relevante feiten van de niet-relevante feiten te onderscheiden.

Een enigszins vergelijkbare rol kan worden vervuld door het uit de hermeneutiek afkomstige begrip *Vorverständnis* of ‘voorbegrip’ van de rechter.<sup>64</sup> Het voorbegrip van de rechter wordt gevormd door het geheel van kennis en ervaring waarover de rechter beschikt, en stelt de rechter in staat de relevante feiten te selecteren.

Het is echter de vraag of hiermee een toereikende beschrijving is gegeven van de rechterlijke selectie van relevante feiten. Zo wordt niet duidelijk hoe de rechter in staat is telkens weer nieuwe gevallen tegemoet te treden en te beoordelen welke feiten wel en welke feiten niet relevant zijn. Geen twee gevallen zijn immers gelijk. Het is echter precies hier dat het probleem van relevantie zich voordoet: de rechter moet zich afvragen of verschillen in het feitencomplex tussen het ene en het andere geval, relevant zijn bij de beoordeling. De vraag of het feit dat de koopovereenkomst gesloten is tussen een groot bedrijf en een kleine zelfstandige, relevant is bij de rechterlijke beoordeling, komt erop neer dat de rechter moet beoordelen of het feit dat de koopovereenkomst gesloten is tussen een groot bedrijf en een kleine zelfstandige, maakt dat *in dit geval* anders moet worden geoordeeld dan wanneer de overeenkomst was gesloten tussen partijen met een gelijke economische machtspositie. Deze vraag laat zich niet beantwoorden door te verwijzen naar de rechtspraktijk of naar de ervaring en het voorbegrip van de rechter, omdat daarin juist niet te vinden zal zijn of de specifieke feiten en omstandigheden van dít geval relevant zijn.

Onontkoombaar is dan dat er een ijkpunt nodig is, dat zich bevindt *buiten* de cirkel van feiten en rechtsregels: de rechterlijke beslissing. De rechterlijke oordeelsvorming beweegt zich tussen drie componenten: feiten, rechtsregels en beslissing, zoals werd besproken in paragraaf 1.2. De rechter kijkt aan de hand van een voorlopige beschouwing van de feiten naar de voorlopig toepasselijk te achten rechtsregels en ook al vooruit naar een mogelijk te nemen beslissing; van daaruit kijkt de rechter ook weer terug naar de feiten en de rechtsregels.

Dit beeld van de rechterlijke oordeelsvorming is ook bruikbaar om zicht te krijgen op het selecteren van de relevante feiten door de rechter. De rechter beoor-

62 Asser-Vranken (1995) p. 71 e.v.

63 C.E. Smith (1998) p. 133.

64 J.B.M. Vranken (1978) p. 131.

deelt de relevantie niet alleen vanuit de toepasselijke rechtsregels, maar zij houdt daarbij steeds ook de te nemen beslissing voor ogen. De gerichtheid op een aanvaardbare beslissing biedt de rechter de mogelijkheid de cirkelgang tussen feiten en rechtsregels te doorbreken en keuzes te maken bij het selecteren van de relevante feiten. De te nemen beslissing geeft de rechter richting. De relevantie van feiten heeft dan niet alleen te maken met het relevant zijn voor de toepassing van een rechtsregel, maar óók met het relevant zijn voor de uitkomst van de procedure. Zie ook Hartendorp:

*“De rechter is op zoek naar interpretaties van het feitencomplex die hij kan gebruiken bij zijn taakvervulling, waarbij uiteindelijk de uitkomst van zijn handelen – een geaccepteerde beslissing – richtinggevend is.”<sup>65</sup>*

Voor de eerder gestelde vraag naar de relevantie in een concreet geval van de hoedanigheid van partijen, betekent dit dat de rechter die vraag uiteindelijk alleen kan beantwoorden wanneer zij zich rekenschap geeft van de te nemen beslissing. Wat zou het voor de aanvaardbaarheid van de uitkomst van deze zaak betekenen wanneer we de zaak waar het gaat om een consument als wederpartij van een groot bedrijf, gelijkstellen met andere gevallen, waarin een overeenkomst is gesloten tussen economisch gelijkwaardige partijen? Dat is de vraag die de rechter zich stelt om te bepalen of de hoedanigheid van een partij in een concreet geval als een relevant feit heeft te gelden.

### 1.5 De verschillende fasen van het vaststellen van feiten door de rechter

In eerste instantie ligt het op de weg van partijen om hun vordering en verweer met feiten te onderbouwen. Partijen moeten de rechter van de benodigde feitelijke informatie voorzien om op de vordering te kunnen beslissen. Wat op dit punt precies de taakverdeling tussen rechter en partijen is, zal onderwerp zijn van hoofdstuk 3.

Hoe dan ook is het echter de taak van de rechter om aan de hand van de door partijen aangereikte feiten, de feiten *vast te stellen*. Bij het vaststellen van de feiten gaat de rechter niet volgens één stramien te werk. Het vaststellen van feiten in de procedure vindt plaats in verschillende fasen van de procedure, die elk hun eigen karakter hebben.

Om te beginnen moet een onderscheid worden gemaakt tussen feiten die de rechter vaststelt omdat partijen het daarover eens zijn, en feiten die de rechter vaststelt op grond van een bewijsoordeel.<sup>66</sup> Voor wat betreft feiten die de rechter vaststelt op grond van een bewijsoordeel, kan een onderscheid worden gemaakt tussen *eigenlijke* en *oneigenlijke bewijsbeslissingen*.

<sup>65</sup> R.C. Hartendorp (2008) p. 116.

<sup>66</sup> Vergelijk H. Thesingh (1961) p. 17.

### **1.5.1 De eerste fase: het sorteren van de feiten waarover partijen het eens zijn**

De vaststelling van feiten die tussen partijen vaststaan, vindt plaats in de *eerste fase* van feitenvaststelling. De rechter destilleert of sorteert uit alle stellingen die partijen in hun processtukken en ter comparitie hebben ingenomen, die feiten waarover partijen het eens zijn. De rechter beperkt zich hierbij, zo is in de vorige paragraaf besproken, tot de feiten die relevant zijn voor de te nemen beslissing.

Het resultaat van deze sortering van feiten is te vinden in het eerste vonnis – vaak ook direct het laatste vonnis – dat de rechter wijst. Daarin is een opsomming te lezen van de feiten die door de rechter als vaststaand worden aangemerkt, *‘nu deze enerzijds gesteld en anderzijds niet, althans niet voldoende gemotiveerd, betwist zijn’*, zoals een gebruikelijke formulering luidt. Deze opsomming van tussen partijen vaststaande feiten is het fundament van de feitenvaststelling door de rechter. Hierin is de feitelijke context van het geschil tussen partijen te vinden, het *wie-wat-wanneer-waar-en-hoe* waarin hun geschil zich afspeelt.

Hoe de rechter te werk moet gaan bij het vaststellen van de feiten waarover partijen het eens zijn, zal nader worden besproken in paragraaf 3.4. Daar zal blijken, kort gezegd, dat het vaststellen van de feiten waarover partijen het eens zijn, bepaald geen mechanische kwestie is, waarbij de stellingen van partijen tegen elkaar kunnen worden weggestreept. Het vergt juist een actieve houding van de rechter, die de grootste zorgvuldigheid in acht moet nemen om te voorkomen dat feiten door slordigheid, van partijen of de rechter, ten onrechte als vaststaand worden aangemerkt.

Wanneer de rechter feiten vaststelt waarover partijen het eens zijn, is een bewijsbeslissing niet aan de orde. Bewijslevering over de betreffende feiten heeft niet plaatsgevonden en de rechter heeft ook geen oordeel gegeven over de bewijsmiddelen.<sup>67</sup>

Na vastgesteld te hebben over welke feiten partijen het eens zijn, richt de rechter zich op de feiten waarover partijen het niet eens zijn. Dat zijn de feiten die de ene partij stelt, maar die door de wederpartij worden betwist. De rechter komt nu in de tweede fase van feitenvaststelling.

<sup>67</sup> Althans naar hedendaagse terminologie. In art. 1903 BW (oud) werd de erkenning van een feit door de wederpartij ook als een bewijsmiddel gezien. In het nieuwe bewijsrecht is deze leer verlaten. In oudere literatuur is veel gediscussieerd over de vraag of de erkenning wel of niet als een bewijsmiddel (‘waarheidsverklaring of wilsverklaring’) heeft te gelden. Zie onder meer Asser/Anema & Verdam (1953) p. 395-399; Land-Eggens (1933) p. 25 e.v.; R. van Boneval Faure (1893) p. 17.

### 1.5.2 De tweede fase: de oneigenlijke bewijsbeslissing

In de *tweede fase* van feitenvaststelling zal de rechter opnieuw nagaan welke van de gestelde, maar betwiste, feiten relevant zijn; zie daarover paragraaf 1.4. Wanneer het om niet-relevante feiten gaat, zal de rechter deze verder buiten beschouwing laten. Wanneer de gestelde, maar betwiste, feiten wél relevant zijn, zijn er vervolgens twee mogelijkheden.

De eerste mogelijkheid is dat de rechter op grond van de door argumenten en bewijsmiddelen die partijen in het geding hebben gebracht, direct beslist dat het bewijs van het door de ene partij gestelde, maar door de andere partij betwiste, feit al dan niet geleverd is. De rechter neemt dan een *oneigenlijke bewijsbeslissing*: aan de hand van de stellingen van partijen en de onderbouwing daarvan, beslist de rechter of zij een feit wel of niet als vaststaand aanneemt. De bewijsbeslissing is oneigenlijk, omdat er geen bewijsincident waarin partijen bewijs kunnen bijbrengen, heeft plaatsgevonden; het is ‘*bewijslevering zonder bewijsopdracht*’.<sup>68</sup>

Soms is zo’n oneigenlijke bewijsbeslissing expliciet. Dat doet zich voor wanneer de rechter in de motivering voor de bewijsbeslissing expliciet verwijst naar de bewijsmiddelen die door de partijen in het geding zijn gebracht en aan de hand daarvan oordeelt dat het bewijs van het gestelde feit al dan niet is geleverd. Zo kan de rechter bijvoorbeeld oordelen dat aan de hand van de door de ene partij overgelegde facturen, waarvan betaling wordt gevorderd, en de door de andere partij overgelegde betalingsbewijzen, ‘in voldoende mate is komen vast te staan dat nog één factuur onbetaald is gebleven’.

In veel gevallen heeft een dergelijke bewijsbeslissing echter een meer impliciet karakter en is zij in de rechterlijke uitspraak niet duidelijk herkenbaar als bewijsbeslissing. Dat is het gevolg van het feit dat een oneigenlijke bewijsbeslissing in veel gevallen berust op het oordeel van de rechter over de vraag of een feit dat door de ene partij is gesteld, door de andere partij in voldoende mate – dat wil zeggen: gemotiveerd (toegelicht) en zo mogelijk met bewijsmiddelen gesteund (onderbouwd) – is *betwist*.<sup>69</sup> Wanneer de betwisting van het feit niet aan deze eisen voldoet, acht de rechter deze onvoldoende. De rechter zal het gestelde feit dan als vaststaand aannemen.

Aan de andere kant kunnen feiten ook onvoldoende onderbouwd *gesteld* zijn. Een partij heeft dan volstaan met het naar voren brengen van een bepaald feit, maar dit, naar het oordeel van de rechter, niet voldoende toegelicht of met bewijsmiddelen onderbouwd.

Of een feit in voldoende mate is gesteld of betwist, is niet *in abstracto* vast te stellen. Het hangt in sterke mate af van de door beide partijen gevoerde argumen-

<sup>68</sup> Stein/Rueb (2009) p. 134.

<sup>69</sup> Vergelijk ook W.D.H. Asser (1999) p. 1251-1252: “*Meer nog dan de vraag of waar is wat is gesteld, is van belang of het gestelde (al dan niet voldoende) betwist is door de wederpartij.*” Zie over dit fenomeen ook M.A.J.M. Ahsmann (2010) en J.L.R.A. Huydecoper (2002).

taties.<sup>70</sup> Wanneer een partij uitvoerig en gedetailleerd beargumenteert dat een bepaald feit zich heeft voorgedaan – bijvoorbeeld dat zij geld heeft geleend aan haar wederpartij en dat dat geld nog niet is terugbetaald – en zij voegt daarbij nog als bewijsmiddel een schriftelijke verklaring van een getuige, dat hem bekend is dat geld is geleend dat nog niet is terugbetaald, zal in het algemeen sprake zijn van een onvoldoende betwisting als de wederpartij volstaat met de mededeling ‘dat zij zich dat niet kan herinneren’. De rechter zal dan als feit vaststellen dat sprake is van een geldleningsovereenkomst tussen partijen, omdat de wederpartij dat ‘in onvoldoende mate heeft betwist’. Maar wanneer de wederpartij even uitvoerig beargumenteert dat géén sprake is van een geldleningsovereenkomst en dat een overgelegde overeenkomst is vervalst, is wél sprake van een voldoende betwisting en zal de rechter niet als feit mogen vaststellen dat tussen partijen een geldleningsovereenkomst is gesloten.

Zo’n bewijsbeslissing is impliciet, omdat de beslissing niet berust op een weging of beoordeling van de bewijsmiddelen (in casu: de schriftelijke verklaring van een getuige of de overeenkomst). Het begrip ‘bewijs’ of ‘bewezen’ zal doorgaans ook niet voorkomen in de betreffende overweging; het gaat er immers om dat sprake is van een onvoldoende betwisting door de wederpartij. De rechter stelt hier dus feiten vast door een analyse te maken van de over en weer aangevoerde feitelijke stellingen en daarvoor gebezigde motivering; kort gezegd door een analyse van de argumenten van partijen.

Een andere reden voor het impliciete karakter van bewijsbeslissingen is dat bewijsbeslissingen vaak ingekleed zijn als beslissingen van *uitleg*. Dit is met name aan de orde wanneer de bewijsmiddelen die partijen in het geding hebben gebracht, zoals zo vaak het geval is, louter bestaan uit schriftelijke stukken. Partijen discussiëren bijvoorbeeld over de (feitelijke) vraag of een overeenkomst van opdracht tot stand is gekomen en brengen daartoe enige correspondentie en een door beide partijen ondertekende offerte in het geding. De rechter zal een beslissing geven over de vraag of al dan niet een overeenkomst tot stand is gekomen, op grond van een interpretatie, een uitleg, van alle schriftelijke stukken, uiteraard in samenhang met de stellingen die de partijen daarover in hun processtukken innemen. Zo kan de rechter bijvoorbeeld oordelen dat ‘gelet op de door beide partijen ondertekende offerte in voldoende mate is komen vast te staan dat tussen partijen een overeenkomst van opdracht tot stand is gekomen’ en het bestaan van de overeenkomst als feit vaststellen. Ook hier is sprake van een bewijsbeslissing, zonder dat bewijsrechtelijke termen worden gebruikt. Immers, ook hier stelt de rechter feiten vast, namelijk door de argumenten te analyseren en de schriftelijke bewijsmiddelen van partijen uit te leggen.

Dit brengt mee dat regels die betrekking hebben op bewijsbeslissingen in het geval dat bewijslevering plaats vindt door middel van schriftelijke bewijsstukken,

<sup>70</sup> In vergelijkbare zin M.A.J.M. Ahsman (2010).



slechts in beperkte mate te vinden zijn in het bewijsrecht. Veel belangrijker zijn de regels die in de rechtspraak van de Hoge Raad gegeven zijn over de wijze waarop de rechter te werk moet gaan bij de uitleg van schriftelijke stukken. Zo mag de rechter zich bij de uitleg van contractsbepalingen niet beperken tot een taalkundige uitleg, maar moet zij nagaan wat de zin is die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de bepalingen van het contract mochten toekennen, en hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.<sup>71</sup> Wanneer de rechter de uitlegregels niet op juiste en begrijpelijke wijze toepast of niet inzichtelijk maakt dat de regels zijn toegepast, zal de Hoge Raad de gekozen uitleg – in feite dus een impliciete bewijsbeslissing – niet in stand laten.

Ook wanneer de rechter kwesties van uitleg beslist, kan het dus gaan om beslissingen die in feite de vaststelling van *feiten* behelzen. Net als wanneer de rechter beslist aan de hand van ‘onvoldoende gemotiveerd gesteld’ of ‘onvoldoende gemotiveerd betwist’, hebben dergelijke beslissingen over de feiten een impliciet karakter waardoor ze niet duidelijk als zodanig herkenbaar zijn.

Een andere, tweede, mogelijkheid is echter dat de rechter níet direct een beslissing neemt over de gestelde, maar betwiste feiten. De rechter is in dat geval van oordeel dat op grond van de stellingen en bewijsmiddelen van partijen die tot dan toe in het geding zijn gebracht, niet beslist kan worden en dat nadere informatie moet worden verkregen. De rechter komt dan in de derde fase van feitenvaststelling.

### 1.5.3 De derde fase: de eigenlijke bewijsbeslissing

In deze *derde fase* van feitenvaststelling bevindt de rechter zich wanneer de door de ene partij gestelde feiten op zijn minst enige onderbouwing hebben gekregen, maar ook voldoende gemotiveerd betwist zijn door de wederpartij, en de rechter zich niet in staat acht op basis van de reeds aanwezige gegevens een bewijsbeslissing te nemen. Ook moeten de feiten natuurlijk relevant zijn voor de beoordeling. De rechter wil dan nadere informatie verkrijgen.

De rechter kan in een tussenbeslissing op verschillende manieren invulling geven aan deze wens. Zo kan aan partijen – mondeling, ter gelegenheid van een comparitie, of schriftelijk – om een nadere toelichting worden gevraagd. Ook kan de rechter zelf, door eigen waarneming, informatie verkrijgen; de rechter zal dan een gerechtelijke plaatsopneming of bezichtiging gelasten.

De meest voorkomende situatie is echter dat de rechter in de tussenbeslissing een van beide partijen een bewijsopdracht geeft, waarna bewijslevering zal plaats-

71 Het bekende Haviltex-criterium, zie HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635. Daarbij kan mede van belang zijn tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht. Voor enkele geschriften (CAO's, trustakte, leveringsakte) heeft de Hoge Raad bijzondere regels van uitleg geformuleerd. Zie nader Asser/Hartkamp & Sieburgh (2010) p. 299 e.v.

vinden, doorgaans door het horen van getuigen. Nadere bewijslevering door middel van het aanleveren van nadere schriftelijke stukken lijkt in de praktijk slechts zelden aan de orde te zijn.<sup>72</sup> Een andere mogelijkheid is dat de rechter een deskundigenbericht inwint.

Na de getuigenverhoren, de plaatsopneming of bezichtiging of het deskundigenbericht moet de rechter beoordelen of het bewijs van het betreffende feit is geleverd. In feite is alleen *déze* beslissing een *bewijsbeslissing in eigenlijke zin*. De rechter heeft eerst een bewijsopdracht verstrekt, waarmee is uitgedrukt dat er nog onvoldoende gegevens zijn om te beslissen of het feit vaststaat. Vervolgens weegt de rechter de verkregen bewijsmiddelen en beslist zij op basis daarvan of het bewijs wel of niet geleverd is en dus of het betreffende feit wel of niet is komen vast te staan. De rechter neemt deze beslissing expliciet en uitdrukkelijk. Welke maatstaf de rechter hierbij hanteert, zal in hoofdstuk 5 nog uitgebreid aan de orde komen.

Naar deze laatste, expliciete bewijsbeslissing gaat bij het schrijven over feitenvaststelling en bewijslevering vaak de meeste aandacht uit. Inderdaad treedt de vraag of het bewijs van een feit wel of niet is geleverd en of het feit dus wel of niet als vaststaand moet worden aangemerkt, hier het meest duidelijk aan het licht. Voor partijen is vooraf duidelijk dat de rechter deze beslissing gaat nemen en dat zij er alles aan moeten doen om de rechter te overtuigen van het vaststaan of juist niet vaststaan van een bepaald feit. Ook voor de rechter is het duidelijk dat beslist moet worden over de vaststelling van een bepaald feit; in aansluiting op de bewijsopdracht of deskundigenvraagstelling zal beslist moeten worden of de feiten wel of niet zijn komen vast te staan.

Het is echter belangrijk om onder ogen te zien dat bewijsbeslissingen in eigenlijke zin veruit in de minderheid zijn. In het overgrote deel van de zaken neemt de rechter beslissingen over de feiten *zonder* expliciete bewijsbeslissing. Dit is een opvallend verschil met de strafrechtelijke procedure, waarin de rechter *altijd* een bewijsbeslissing neemt. In elke strafzaak moet de rechter immers beslissen *of zij de overtuiging heeft bekomen dat de verdachte het ten laste gelegde feit heeft begaan* (art. 338 WvSv). In elke strafprocedure is daarom aan de orde of het bewijs van het ten laste gelegde feit wel of niet is geleverd. Feitenvaststelling wordt dan bijna synoniem met bewijzen.

Voor de civiele procedure kan dit echter bepaald niet worden gezegd; in de meerderheid van de zaken worden de feiten vastgesteld zonder dat daaraan enige bewijslevering (in eigenlijke zin) te pas is gekomen. Aan deze wijze van feiten vaststellen, de oneigenlijke bewijsbeslissing, zal nog nadere aandacht worden besteed in paragraaf 3.4.

<sup>72</sup> Stein/Rueb (2009) p. 134.

## 1.6 De selectie en vaststelling van feiten is rechtsvinding

In paragraaf 1.4 bleek dat de rechter de vraag welke feiten relevant zijn, niet uitsluitend kan beantwoorden vanuit de rechtsregels die gelden. De rechter heeft een nader oriëntatiepunt nodig: de te nemen beslissing. Deze gerichtheid op een aanvaardbare beslissing biedt de rechter houvast. De relevantie van een feit wordt in feite steeds beantwoord vanuit de vraag: draagt dit specifieke feit bij – of doet het juist afbreuk – aan het mogelijk maken van een bepaalde uitkomst van de procedure?

Dit geldt ook wanneer de rechter zich in de situatie bevindt dat ‘alle’ omstandigheden van het geval moeten worden meegewogen. Zoals gezegd, zouden dit in beginsel alle feiten en omstandigheden van het geval zijn, maar is het onontkoombaar dat de rechter tot een selectie komt en zich beperkt tot het wege van de relevante feiten. De rechter kan echter alleen bepalen wat die relevante feiten zijn, aan de hand van de aanvaardbaarheid van het eindresultaat, de te nemen beslissing. Het beoordelen van de relevantie van feiten kan dus niet als een geïsoleerd probleem in het proces van de rechterlijke oordeelsvorming worden beschouwd. De rechter kan pas een oordeel geven over de relevantie van bepaalde feiten, wanneer zij zich ook een – voorlopig – oordeel heeft gevormd over de te nemen beslissing. Hieruit kunnen verschillende gevolgtrekkingen kunnen gemaakt met betrekking tot het proces van selectie van de relevante feiten.

Een eerste belangrijke gevolgtrekking is dat feitenselectie een onlosmakelijk onderdeel is van het gehele proces van *rechtsvinding*. De selectie van de relevante feiten vindt plaats met het oog op de te nemen rechterlijke beslissing en is daarmee evenzeer een kwestie van rechtsvinding als het zoeken en toepassen van rechtsregels dat is.<sup>73</sup> Dit brengt mee dat ook de selectie van de relevante feiten zich niet in het keurslijf van de logica laat vatten. Net als bij de totstandkoming van het rechterlijk oordeel is ook hier sprake van een ‘sprong’ in het proces van oordeelsvorming, van een *keuze* die de rechter maakt.

Wat de relevante feiten zijn, dient zich niet vanzelf aan, blijkt niet uit de stukken en volgt niet, als een logische gevolgtrekking, uit de toepasselijke rechtsregels. Het selecteren van de relevante feiten berust op keuzes die de rechter maakt; keuzes die verweven zijn met het rechtsvindingsproces.

Een tweede gevolgtrekking is dat er niet één verzameling ‘relevante feiten’ is in een aan de rechter voor te leggen geschil. In beginsel is er een oneindige verzameling van mogelijk relevante feiten. In de woorden van Storme:

*“Er zijn geen feitelijke omstandigheden die nooit, voor geen enkel geschil, relevant kunnen zijn.”*<sup>74</sup>

73 Dit betekent dat het oordeel over de relevantie van feiten heeft te gelden als een juridisch oordeel. Idem Asser-Korthals Altes-Groen (2005) p. 211.

74 M.E. Storme (1992) p. 349.

Kenmerkend voor het relevant zijn van feiten in de juridische procedure is dat in beginsel elk feit relevant kan zijn. Juist omdat de relevantie mede bepaald wordt door wat de rechter een aanvaardbare beslissing acht, is niet duidelijk omlijnd wat relevante feiten zijn. Wat de rechter een aanvaardbare beslissing acht, is immers evenmin een vast gegeven. Dit is afhankelijk van de individuele opvattingen van de rechter en van de algemene rechtsontwikkelingen. Dit heeft zijn directe weerslag op de vraag welke feiten relevant zijn.

Een mooi voorbeeld hiervan biedt de rechtspraak over verjaring. Lange tijd leenden de rechtsregels over verjaring zich voor een recht-toe-recht-aan toepassing. Relevante feiten waren slechts het moment van het ontstaan van de rechtsvordering en het moment waarop de rechtsvordering was ingesteld. Was tussen deze twee momenten meer dan een bepaalde tijdsperiode verstreken, dan was, afgezien van de mogelijkheid van stuiting, sprake van verjaring van de vordering. Inmiddels is de Hoge Raad van oordeel dat de billijkheid eist dat de korte verjaringstermijn van art. 3:310 BW pas begint te lopen op de dag na die waarop de benadeelde daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering tot vergoeding van deze schade in te stellen.<sup>75</sup> Dit betekent dat bij de beoordeling van een beroep op deze korte verjaringstermijn thans ook relevant is op welk moment de benadeelde daadwerkelijk in staat was een rechtsvordering in te stellen. Bij medische aansprakelijkheid betekent dit dat er voldoende zekerheid moet zijn dat de schade veroorzaakt is door tekortschietend of foutief medisch handelen.

Deze rechtspraak kan niet anders worden begrepen dan dat de rechter in een geval als hier aan de orde was, het resultaat van de toepassing van de verjaringsregels onbillijk en derhalve onaanvaardbaar achtte. Een billijk resultaat vereist dat specifieke omstandigheden van dit geval (de aard van de schade en de kenbaarheid van het verband tussen schade en mogelijk onrechtmatig handelen), die voorheen niet relevant werden geacht voor de beslissing, nu wél worden meegewogen en dus relevant zijn voor de beoordeling.

Hieruit blijkt – en dat is een derde consequentie van het nauwe verband tussen relevante feiten en de rechterlijke beslissing – dat eigenlijk pas *na* de rechterlijke beslissing kan worden vastgesteld wat de relevante feiten van het geval nu eigenlijk zijn. Wanneer de rechter een bepaald feit heeft gebruikt als argument voor haar beslissing, dan is daarmee gegeven dat dat een relevant feit is. En andersom, wanneer de rechter in haar beslissing aan een bepaald feit voorbij gaat, dan ligt in die beslissing besloten dat dat feit níet relevant was voor de rechterlijke oordeelsvorming.<sup>76</sup> Pas met de rechterlijke beslissing is er uitsluitel over de vraag welke feiten relevant zijn:

75 HR 31 oktober 2003, NJ 2006, 112 m.nt. C.E. du Perron.

76 En tevens dat dat feit naar verwachting ook niet relevant zal zijn in toekomstige gevallen.

*“(...) the facts in a legal case and occurrences in life do not have any complete meaning for the purpose of law: their meaning is the result of their entering into a relationship of reciprocal correspondence. Until the moment they are brought into combination with the vital fact of judging, the components of the legal facts are always constitutively incomplete.”<sup>77</sup>*

De beoordeling van de vraag welke feiten relevant zijn, laat zich dus niet isoleren van de rechterlijke oordeelsvorming; het maakt daarvan onderdeel uit of valt daar zelfs mee samen. De selectie van feiten maakt dus deel uit van de rechterlijke oordeelsvorming.<sup>78</sup>

Ook in de verschillende fasen van feitenvaststelling, zoals deze zijn beschreven in de vorige paragrafen, is sprake van het in elkaar overlopen van feitenvaststelling en rechterlijke oordeelsvorming. Ook hier maakt het vaststellen van feiten onderdeel uit van het rechtsvindingsproces. Daarbij is te wijzen op de grote *keuzevrijheid* die de rechter heeft. Die keuzevrijheid treedt met name aan het licht bij de vrijheid van de rechter om in de tweede fase van feitenvaststelling een oneigenlijke bewijsbeslissing te nemen, of om door te gaan naar de derde fase en een eigenlijke bewijsbeslissing te nemen.

In de praktijk blijkt, zoals gezegd, dat de rechter zich in een groot deel van de gevallen beperkt tot een oneigenlijke bewijsbeslissing en oordeelt dat feiten niet vaststaan omdat ze onvoldoende gemotiveerd zijn gesteld, of, omgekeerd, dat feiten juist wel vaststaan omdat ze onvoldoende gemotiveerd betwist zijn. De rechter zal zich bij de beslissing om niet over te gaan naar de fase van de eigenlijke bewijsbeslissing gedeeltelijk laten leiden door de wens tot efficiënt en voortvarend procederen. Zonder de ‘omweg’ van een bewijsincident kan de procedure sneller worden afgerond en hoeven er geen tijdrovende getuigenverhoren plaats te vinden of kostenverslindende deskundigenberichten te worden ingewonnen.

Daarnaast zal echter óók een rol spelen de inhoudelijke waardering door de rechter van de door partijen over en weer ingenomen stellingen en verweren. Het is aannemelijk dat de rechter niet wil overgaan tot bewijslevering van met name feiten die verband houden met stellingen of verweren die de rechter onaannemelijk, ‘onsympathiek’ of ‘verwerpelijk’ voorkomen.<sup>79</sup> Een dergelijke waardering is uiteraard niet los te zien van de beoordeling van het geschil tussen partijen; de rechter vindt bepaalde feiten als het ware ‘niet het bewijzen waard’, in het licht van de beslissing die de rechter zich voorstelt te nemen. Ook hier lopen de vaststelling van de feiten en de rechterlijke oordeelsvorming derhalve in elkaar over; ook hier blijkt het vaststellen van feiten verweven te zijn met het proces van rechtsvinding.

<sup>77</sup> Giuseppe Zaccaria (1990) p. 271.

<sup>78</sup> C.E. Smith (1998) p. 205, met verwijzing naar Scholten.

<sup>79</sup> Zie voor deze terminologie J.L.R.A. Huydecoper (2002) p. 212, die haar op zijn beurt heeft ontleend aan Gerbrandy.

Ten slotte speelt ook in de laatste fase van feitenvaststelling, de beoordeling van de vraag of het bewijs van een bepaald feit is geleverd, de rechterlijke oordeelsvorming een rol. Ook de bewijsbeslissing is geen kwestie van logica of optellen en aftrekken. En ook hier draait het om de inhoudelijke waardering door de rechter van de verschillende bewijsmiddelen – tegen de achtergrond van de interpretatie die de rechter geeft aan de in de bewijsopdracht vervatte elementen – een waardering die niet los kan worden gezien van het proces van rechtsvinding.<sup>80</sup> Op deze aspecten zal nog uitvoerig worden ingegaan in hoofdstuk 5, 6 en 7.

Dat bij het vaststellen van feiten ook altijd sprake is van rechtsvinding, betekent, zo kan met Drion worden geconstateerd, dat het ongrijpbare element in de rechterlijke beslissing misschien wel meer zit in het vaststellen van de feiten dan in het toepassen van de rechtsregels:

*“Wie schrijft over het recht, is geïnteresseerd in problemen van objectief recht. Maar dat zijn niet de problemen, waarmee de rechter het meest wordt geconfronteerd. Voor hem gaat het veel vaker over de vraag, wat er precies gebeurd is. Het intuïtieve element van de rechtsbeslissing – de ‘sprong’ van Scholten – zit dan ook meestal niet in een beslissing over het objectieve recht, maar (...) veel vaker in de bewezenverklaring van de feiten, die aan de beslissing ten grondslag worden gelegd.”<sup>81</sup>*

Overigens beperkt Drion zijn uitspraak tot ‘de bewezenverklaring van de feiten’. Dat is niet terecht, want, zoals hiervoor is aangegeven, behelst het vaststellen van feiten veel meer dan enkel de bewijsbeslissing in eigenlijke zin.

## **1.7 Feiten, interpretatie en waarheidsvinding**

In de voorgaande paragraaf is besproken dat het selecteren van de relevante feiten een aspect van rechtsvinding is. De rechter selecteert de relevante feiten met het oog op de te nemen beslissing, waarmee dit selectieproces is verweven met de rechterlijke oordeelsvorming. Ook de beslissing van de rechter om al of niet bewijslevering toe te staan is een aspect van rechtsvinding; met het oog op de te nemen beslissing bepaalt de rechter of zij direct een (oneigenlijke) bewijsbeslissing neemt of dat partijen in de gelegenheid worden gesteld nader bewijs te leveren. En ten slotte is ook de rechterlijke beslissing over de bewijslevering rechtsvinding; de waardering van het bijgebrachte bewijs, tegen de achtergrond van de te bewijzen feiten, kan niet los gezien worden van de rechterlijke oordeelsvorming als geheel.

In de typering van het selecteren en vaststellen van feiten als een aspect van het proces van rechtsvinding ligt al besloten dat het in de procedure niet gaat om ‘kale feiten’, dat wil zeggen om feiten zonder interpreterende of evaluatieve aspec-

80 Dit is het door Wiersma genoemde ‘normatieve element’ bij de vaststelling van feiten. Zie H.W. Wiersma (1997).

81 H. Drion (1966) p. 406.

ten. Op cruciale momenten is het selecteren en vaststellen van de feiten immers verweven met de rechterlijke oordeelsvorming, derhalve met een waardering van de feiten in het licht van de te nemen beslissing.

Dat ‘kale feiten’ of ‘blote feiten’ niet bestaan, is al lange tijd een algemeen gedeeld inzicht in de kennisleer. Het is niet mogelijk om waarnemingen te doen, zonder een kader, een paradigma, waarbinnen de waarneming wordt gedaan. Neutrale waarneming is dus niet mogelijk.<sup>82</sup> Elke feitelijke vaststelling vindt plaats tegen de achtergrond van allerlei veronderstellingen, die nooit uitputtend kunnen worden beschreven.<sup>83</sup> Wat een feit is, kan niet los worden gezien van de context waarin het feit wordt waargenomen of vastgesteld, van alle bestaande kennis en inzichten van degene die het feit waarneemt of vaststelt. Het vaststellen van een feit berust *altijd* op interpretatie; zonder interpretatie is het niet mogelijk feiten waar te nemen of vast te stellen. Zo kan de vaststelling van het feit dat het buiten sneeuwt, niet plaatsvinden zonder kennis over wat sneeuw is, kennis over het verschil tussen sneeuw, regen en/of hagel:

*“The human mind has no means of immediate and direct access to the absolute (or naked) existence of facts without effecting the cognition and understanding of a ‘fact’ in terms of an interpretation or qualification.”*<sup>84</sup>

De vaststelling van feiten is dus niet mogelijk zonder een *conceptueel kader*; zonder dat kader kunnen feiten niet gevonden of vastgesteld worden. Voor de rechter wordt dat conceptuele kader in belangrijke mate gevormd door de juridische context waarbinnen de vaststelling van feiten plaatsvindt.

Het beeld van een buitenwereld waarin feiten als paaseieren klaar liggen om opgeraapt te worden, schiet op allerlei manieren tekort. Dit geldt voor alle feitenvaststellingen, zowel in het dagelijkse leven als in de wetenschap, en natuurlijk ook voor het vaststellen van feiten door de rechter.<sup>85</sup> Ook feiten in de juridische procedure liggen niet ergens te wachten om door de rechter gevonden te worden, zoals Jerome Frank al constateerde:

*“The trial court’s facts are not ‘data’, not something that is ‘given’; they are not waiting somewhere, ready made, for the court to discover, to ‘find’. More accurately, they are processed by the trial court – are, so to speak, ‘made’ by it (...).”*<sup>86</sup>

82 Het positivisme, dat berustte op een strikte scheiding tussen waarneming en theorie, is daarmee verlaten: waarneming is ‘theory laden’. Zie hierover onder meer Anthony O’Hear (1989) p. 82 e.v.; Alvin I. Goldman (1999) p. 238 e.v.; J.P.M. Geurts (1978) p. 47 e.v.

83 Een beroemde weerlegging van het bestaan van ‘brute facts’ is gegeven door G.E.M. Anscombe (1958).

84 W.H. Balekjian (1984) p. 184.

85 Vergelijk C.E. Smith (1998) p. 33.

86 Jerome Frank (1949) p. 23-24.

Voor alle feiten geldt dat ze pas gevonden of vastgesteld kunnen worden binnen een bepaalde interpretatieve context van de waarnemer; dit geldt net zo goed voor de vaststelling van feiten in de juridische procedure. In die zin worden feiten ‘gemaakt’.

De conclusie die hier echter níet moet worden getrokken, is dat het vaststellen van feiten in de juridische procedure een arbitraire of subjectieve kwestie van de rechter zou zijn; dat elke feitenvaststelling ook anders zou kunnen zijn, omdat het ‘slechts’ een kwestie van interpretatie is, of nog verdergaand, omdat er geen feiten zouden zijn.

Inderdaad vergt het vaststellen van feiten door de rechter interpretatie, net als elke feitenvaststelling dat vergt. Maar dat doet niet af aan het *bestaan* van die feiten, in die zin dat dat zich in de wereld een bepaalde feitelijke toestand heeft voorgedaan.<sup>87</sup> Het heeft gesneeuwd; de auto is door het rode licht gereden; het paard had een gebroken been; er zijn toezeggingen gedaan. Elk van deze feitelijke vaststellingen behelst interpretatie en is daarmee tot op zekere hoogte vatbaar voor discussie. Maar óók geldt dat de ene interpretatie meer de werkelijke gang van zaken benadert dan de andere interpretatie; er is een onafhankelijk van onze waarneming bestaande wereld, waarin het wel of niet heeft gesneeuwd; waarin wel of niet toezeggingen zijn gedaan. Het vaststellen van feiten is dus juist níet arbitrair, omdat dit zoveel mogelijk moet gebeuren in overeenstemming met de werkelijke gang van zaken.<sup>88</sup> In deze zin is het vaststellen van feiten georiënteerd op waarheid.

Uit het gegeven dat het vaststellen van feiten interpretatie behelst, mag dus niet worden afgeleid dat alles maar een kwestie van interpretatie of perspectief is en dat er *dus* geen onafhankelijk van onze waarneming of interpretatie bestaande feitelijke werkelijkheid is. Daarmee zou waarheidsvinding zinloos zijn.

Het afschrijven van waarheidsvinding op grond van de veronderstelling dat zij zinloos zou zijn, is echter een weinig vruchtbare benadering. Dat geldt zowel voor feiten in de juridische procedure als ten aanzien van feitenvaststelling op andere terreinen. Verschillende filosofen op het gebied van de kennistheorie en wetenschapsfilosofie hebben zich hiertegen de laatste jaren – na een periode van

87 Erkend kan worden dat ‘feiten’ als zodanig niet bestaan. Het begrip ‘feit’ is zelf een abstractie, een ‘*elevator word*’, zoals Hacking het uitdrukt: woorden als feit (of kennis, waarheid, realiteit) verwijzen niet naar iets in de wereld, maar zeggen op een ander, hoger, niveau iets *over* de wereld. Zie nader Ian Hacking (1990) p. 22 e.v.

88 Wanneer het gaat om feiten die geen betrekking hebben op gebeurtenissen die zich in het heden of verleden afspelen of hebben afgespeeld, is hier een nuancering op haar plaats. Zo is bij toekomstverwachtingen geen sprake van een werkelijke gang van zaken, maar van een te verwachten gang van zaken. Omdat dergelijke feiten in de juridische procedure veruit in de minderheid zijn en het in het overgrote deel van de gevallen gaat over gebeurtenissen die zich in het verleden hebben afgespeeld, zal aan deze nuancering verder geen aandacht worden besteed.



relativistische tendenzen – dan ook verzet.<sup>89</sup> Een uitgebreide discussie van de standpunten die in deze discussie naar voren zijn gebracht, valt buiten dit boek. Wel kunnen enkele punten kort worden aangestipt.

Dat is in de eerste plaats dat degene die verdedigt dat er geen onafhankelijk van ons bestaande feitelijke werkelijkheid is – waarin het sneeuwde, waarin het paard zijn been gebroken had – onontkoombaar terecht komt in een positie waarin *‘anything goes’*. Er is immers geen maatstaf meer om te bepalen of de ene uitspraak een betere of meer correcte beschrijving geeft van de feitelijke werkelijkheid dan de andere; alles is even waar. Elke discussie over feiten wordt dan zinloos. In de juridische procedure zou een bewijsopdracht zinloos zijn, omdat er geen onderscheid te maken is tussen het wel of niet bewezen zijn van een feit.

In de tweede plaats is te constateren dat een relativistische positie altijd zich zelf ondermijnt. Wanneer de stelling wordt ingenomen dat elke interpretatie, elke vaststelling over de werkelijkheid even waar is, is er geen reden om de ene stelling voor méér waar te houden dan de tegenovergestelde. Maar dat geldt dan ook voor de relativistische positie zelf.

Een derde opmerking is dat juist de perspectief-metafoor, die vaak gebruikt wordt om een relativistische positie te onderbouwen (‘het hangt er maar vanaf hoe je er tegenaan kijkt’), een zwakke onderbouwing is van het idee dat er geen onafhankelijke feitelijke werkelijkheid buiten ons bestaat. Uit het feit dat iemand vanuit een bepaald perspectief tegen de Eiffeltoren aankijkt en daarmee de Eiffeltoren op een bepaalde manier ziet, en een ander de Eiffeltoren op een andere manier ziet, zoals de Engelse filosoof Blackburn als voorbeeld neemt, betekent toch helemaal niet dat er geen Eiffeltoren in de feitelijke werkelijkheid bestaat of dat alle beweringen over de Eiffeltoren even juist of onjuist zijn, afhankelijk van het gekozen perspectief:

*“Indeed the very metaphor of perspective seems a poor springboard for any general scepticism.”*<sup>90</sup>

Een parallel kan hier worden getrokken met discussies in de geschiedwetenschap. Enerzijds geldt dat elke weergave van de feiten uit het verleden berust op een selectie, op een keuze van de historicus. Bovendien vindt die weergave van de feiten uit het verleden plaats vanuit het heden en alleen al daarom vanuit een bepaald perspectief. Door de wijze van selectie van de feiten en de manier waarop de feiten worden weergegeven, ordent de historicus de feiten op een bepaalde wijze en laat hij de lezer vanuit een bepaald gezichtspunt naar dat verleden kijken.

89 Zie onder meer Paul A. Boghossian (2006); Ophelia Benson en Jeremy Stangroom (2006); Duncan Pritchard (2006); Simon Blackburn (2005); Alvin I. Goldman (1999); Susan Haack (2007), (2007) en (2003); Bernard Williams (2002). De in de tekst gebruikte, kort samengevatte, argumenten zijn ontleend aan deze literatuur.

90 Simon Blackburn (2005) p. 87.

Inderdaad is er vanwege de gemaakte keuzes en de door de historicus gekozen invalshoek niet één feitencomplex dat ‘dé historische gang van zaken’ beschrijft. Geschiedschrijving is tot op zekere hoogte daarom altijd een uitdrukking van hoe de historicus het verleden wenst te denken.<sup>91</sup>

Anderzijds moet hieruit niet de conclusie worden getrokken dat er geen historische werkelijkheid is, waarin gebeurtenissen zich op een bepaalde manier hebben voltrokken. Hoewel er verschillende manieren zijn om te omschrijven welke gebeurtenissen hebben geleid tot het uitbreken van de Eerste Oorlog, “*they will not say that Belgium invaded Germany*”, zoals het beroemde antwoord van Clemenceau luidde op de vraag wat toekomstige historici daarover te zeggen zouden hebben.<sup>92</sup> Met andere woorden, er is wel degelijk een historische werkelijkheid waarin bepaalde feiten zich wel of niet hebben voltrokken.<sup>93</sup> En het is níet zo dat elke weergave van die historische werkelijkheid even juist is.

Een vierde en laatste opmerking in het verlengde van het voorgaande is dat een relativistische houding ten aanzien van het vaststellen van feiten contra-intuïtief is. In het dagelijkse leven handelt en denkt de mens juist vanuit de tegenovergestelde gedachte, namelijk dat er wél ware of onware feiten bestaan. Het Nederlands elftal heeft het WK gewonnen (- of niet); een boom staat al meer dan twintig jaar binnen twee meter van de erfgrans (- of niet). Dit zijn feiten die al dan niet bestaan of hebben plaatsgevonden in de werkelijkheid, en waarvan niemand betwijfelt dat er uitspraken over kunnen worden gedaan die al dan niet in overeenstemming zijn met de werkelijke gang van zaken.

*“The real puzzle, then, about the doctrines of scepticism and relativism is that nobody really believes them. Not in their bones.”*<sup>94</sup>

Ditselfde punt maakt Susan Haack vanuit het gezichtspunt van de wetenschapper door erop te wijzen dat het onmogelijk is om vanuit een relativistische positie en, zoals zij zegt, op niet-cynische wijze, wetenschap te bedrijven. Dit kan alleen wanneer de onderzoeker ervan uitgaat dat het mogelijk is om gerechtvaardigde uitspraken te doen over de wereld om ons heen en geoordeeld kan worden dat bepaalde uitspraken over die wereld wel of niet, meer of minder, gerechtvaardigd zijn. Iedereen die conclusies wil trekken over een hypothese of een antwoord wil geven op een onderzoeksvraag, in feite iedereen die feiten onderzoekt, is *daarmee* gericht op het correcte wijze vaststellen van feiten. In de woorden van Haack:

91 F.R. Ankersmit (1996) p. 54.

92 Geciteerd door Simon Blackburn (2005) p. 88 en Bernard Williams (2002) p. 243.

93 Vergelijk ook Hoetink, die schrijft over feiten in de geschiedwetenschap en in het recht, dat we niet ‘*de andere pool van het historische kenproces, het materiaal*’ mogen vergeten, en dat we niet zelfstandig de feiten vormen die relevant zijn’. Zie H.R. Hoetink (1953) p. 60-61.

94 Ophelia Benson en Jeremy Stangroom (2006) p. 43.

*“Inquiry (...) is an attempt to discover the truth of some question or questions; though sometimes the upshot is not an answer, but a realization that the question was in some way misconceived, and quite often, once you’ve answered one question, you find yourself facing a whole slew of new ones.*

*(...) But genuine enquiry is a good-faith effort to arrive at the truth of the matter in question, whatever the color of that truth may be.”<sup>95</sup>*

Op de ideeën van Haack zal nog nader worden ingegaan in hoofdstuk 5, wanneer wordt besproken wat het is om in de procedure bewijs te leveren van een feit.

De kern van wat hier naar voren wordt gebracht, is dat het vaststellen van feiten door de rechter, net als het vaststellen van feiten op andere terreinen, onontkoombaar georiënteerd is op *waarheid*, in de zin van een overeenstemming met de werkelijkheid.<sup>96</sup> De rechter kiest de feiten niet willekeurig, de rechter stelt de feiten niet arbitrair vast, maar doet dit zoveel mogelijk in overeenstemming met de werkelijke gang van zaken. De rechter doet daarmee aan *waarheidsvinding*.

Het feit-begrip blijkt hiermee toch nog één nadere begrenzing te hebben: een feit is géén fictie. Feiten zijn in werkelijkheid voorgevallen, zijn echt gebeurd en verschillen wat dat betreft van fictie, waar het gaat om iets dat bedacht is, iets dat níet in werkelijkheid is voorgevallen of het geval is geweest.<sup>97</sup> De feiten die de rechter moet vaststellen, zijn de feiten die zich in werkelijkheid hebben voorgedaan. Het zijn geen denkbeeldige feiten, het zijn geen feiten die aan de fantasie van partijen of aan de rechter zijn ontsproten; het zijn geen niet-waarheidsgetrouwe feiten; het moet gaan om de feiten zoals die zich in de realiteit hebben voltrokken. Waarheidsoriëntatie beoogt dus *error* (een onjuiste feitenweergave) of *ignorance* (onwetendheid) te voorkomen.<sup>98</sup>

Het is dan ook de vraag of gesproken moet worden over feiten in de procedure als *constructies*, zoals bijvoorbeeld Hartendorp doet:

*“Rechters zouden erop gericht moeten zijn deze kenbare werkelijkheid zo accuraat en objectief mogelijk vast te stellen. (...) [Maar:] Rechters stellen feiten niet zo zeer vast, (...) zij construeren een feitelijke basis die bijdraagt aan een acceptabele beslissing.”<sup>99</sup>*

Van een constructie van feiten is in zoverre sprake, dat de rechter altijd een selectie maakt uit de feiten en, zoals in paragraaf 3.5 nader zal worden uitgewerkt, deze zodanig ordent dat daarmee een *verhaal* wordt verteld. Het construeren van feiten moet echter niet zo worden begrepen, dat de door de rechter vastgestelde feiten

95 Susan Haack (2007) p. 96. In vergelijkbare zin Bernard Williams (2002) p. 147.

96 Alvin I. Goldman (1999) p. 5, spreekt in dit verband over ‘*veristic epistemology*’: de gerichtheid van epistemologie op waarheid.

97 Vergelijk ook de definitie van Van Dale van feit: ‘1. daad of handeling, 2. gebeurtenis of handeling waarvan de werkelijkheid vaststaat.’

98 Alvin I. Goldman (1999) p. 5.

99 R.C. Hartendorp (2008) p. 188; vergelijk ook p. 119 e.v.

geen noodzakelijk verband hebben met de gang van zaken zoals die zich in de werkelijkheid heeft voltrokken en met even veel recht op andere wijze zouden kunnen worden vastgesteld.<sup>100</sup> De feitenvaststelling zou dan voornamelijk berusten op een wens of keuze van degene die het feit vaststelt.<sup>101</sup> Het vaststellen van feiten in de procedure zou daarmee zijn zin verliezen. Het concrete geval waarover de rechter moet oordelen, zou dan inderdaad niet meer dan een *casus* zijn. Wanneer het construeren van feiten zo wordt opgevat, wordt de waarheidsoriëntatie van feitenvaststelling onderbelicht.

Ten slotte is het nog belangrijk om op te merken dat de hier gekozen invalshoek, dat het vaststellen van feiten georiënteerd is op waarheid, niet betekent dat wordt aangenomen dat er één absolute, altijd en overal geldende, alomvattende waarheid bestaat. Een dergelijk waarheidsbegrip (met waarheid in hoofdletters geschreven, zoals Haack opmerkt)<sup>102</sup> is achterhaald en wordt – behalve in bepaalde geloofskringen – nergens meer aangehangen. Geen enkel feitenonderzoek heeft betrekking op alle feiten, op een ‘alomvattende’ waarheid. Elke waarheidsvorser onderzoekt een gedeelte van de veelvoudige werkelijkheid, meestal met het oog op een bepaalde hypothese. Zo onderzoekt ook de arts niet alle feiten omtrent de lichamelijke toestand van een patiënt, maar gaat hij na of aan de hand van *bepaalde* feiten iets gezegd kan worden over een *bepaald* aspect van de gezondheidstoestand van de patiënt. Daarmee begrenst de te onderzoeken hypothese de waarheidsvinding. Zo ook de rechter: wanneer een bewijsbeslissing moet worden genomen, zijn de te bewijzen feiten de door de rechter te onderzoeken hypothese. Hierop zal nog nader worden ingegaan in paragraaf 5.2. Deze hypothese fungeert voor de rechter als de begrenzing waarbinnen de waarheidsvinding plaatsvindt.<sup>103</sup>

Maar dat betekent niet dat het feitenonderzoek geen ‘echte’ waarheidsvinding is. Dat is wel degelijk het geval, zij het dat het onderzoek plaatsvindt met een bepaald doel en daarmee inherente beperkingen heeft. In die zin heeft elke feitenonderzoek, elke activiteit van waarheidsvinding, een *partieel* karakter. Door het afgebakende terrein waarbinnen feitenonderzoek in de juridische procedure zich afspeelt, komt dit partiële karakter van waarheidsvinding daar heel duidelijk naar voren, zoals nog zal worden besproken in paragraaf 3.2 en 3.3.

Het partiële karakter van waarheidsvinding moet ook niet worden verward met een *relatief* karakter van waarheidsvinding, wanneer daarmee bedoeld wordt dat

100 Dat is namelijk de essentie van het kenschetsen van ‘iets’ (een betekenis, een fenomeen, een begrip) als een constructie: de invulling die thans aan het ‘iets’ wordt gegeven, is contingent en zou ook geheel anders kunnen zijn. Zie Ian Hacking (1999) p. 6. De basis voor het denken in (sociale) constructies ligt in het bekende boek *‘The Social Construction of Reality. A Treatise in the Sociology of Knowledge’* (1966) van Peter L. Berger en Thomas Luckmann.

101 Zie met name Paul A. Boghossian (2006) p. 25 e.v.

102 Susan Haack (2007) p. 137.

103 Vergelijk ook de discussie van Anne Ruth Mackor (2010) met C.P.M. Cleiren (2008) en M. Loth (2009): waarheidsvinding door de strafrechter wordt begrensd door de tenlastelegging, maar is niet dáárdor geen ‘echte’ waarheidsvinding.

ieder zijn eigen waarheid heeft en dat er geen mogelijkheid zou zijn om een onderscheid te maken tussen meer of minder gerechtvaardigde uitspraken over de wereld om ons heen. Zoals hiervoor is aangegeven, is dit een positie waartegen serieuze bezwaren bestaan en die geen vruchtbare basis biedt voor een beschouwing over feitenvaststelling in de juridische procedure.

## 1.8 Een plan van behandeling

Het centrale thema in dit boek is het vaststellen van feiten door de civiele rechter.<sup>104</sup> Hierbij moet het zoveel mogelijk gaan om de feiten zoals die zich in werkelijkheid hebben voorgedaan; de rechter moet dus aan waarheidsvinding doen. Het belang van waarheidsvinding loopt als een rode draad door dit boek.

In *hoofdstuk 2* zal besproken worden waarom aan waarheidsvinding in de procedure nu eigenlijk zo'n gewicht toekomt. Daarbij zal onder meer worden ingegaan op het verband dat er is tussen een correcte feitenvaststelling en een juiste rechterlijke beslissing. Verder wordt waarheidsvinding in hoofdstuk 2 benoemd als een beginsel van civiel procesrecht. Daarmee wordt duidelijk dat het belang van waarheidsvinding een centrale waarde is in het procesrecht, die als leidraad fungeert bij de uitleg en toepassing van tal van bepalingen van procesrecht. Bovendien drukt de kwalificatie van waarheidsvinding als beginsel ook het normstellende karakter van waarheidsvinding uit. Dit vormt de gekozen normatieve invalshoek: de rechter moet zoveel mogelijk het belang van waarheidsvinding dienen.

Tegelijk valt ook te constateren dat waarheidsvinding in de praktijk van het recht vaak onder grote druk staat. Een eerste reden hiervoor is het onbetwistbare gegeven dat waarheidsvinding nu eenmaal niet het enige belang is dat telt in de procedure. Ook andere belangen, zoals dat van een voortvarend verloop van de procedure, laten zich gelden; er zal zich dan een spanningsveld voordoen tussen het belang van waarheidsvinding en dat belang van een voortvarend verloop van de procedure.

Een tweede reden is dat het recht doen aan het belang van waarheidsvinding een actieve rol van de rechter vergt. Zo ligt het op de weg van de rechter om te constateren dat er onduidelikheden of ontbrekende gegevens zijn en partijen vervolgens om opheldering te vragen. Het is ook aan de rechter om te bepalen dat een getuigenverhoor moet plaatsvinden of een deskundigenbericht moet worden ingewonnen. En ten slotte is het de taak van de rechter om de bijgebrachte bewijsmiddelen te wegen en daarover een oordeel te geven. Maar precies hier, bij de noodzakelijke actieve rol van de rechter, is de praktijk van het recht weerbarstig. Soms blijkt dat de rechter zich helemaal niet actief opstelt, maar juist passief en afhankelijk van partijen. Ook dit zet de waarheidsvinding onder druk. Een reden hiervoor is wellicht de tijdsdruk waaronder de rechter in toenemende mate moet

104 Het betoog is toegespitst op de civiele procedure in dagvaardingszaken.

werken. Maar belangrijker is waarschijnlijk dat – nog steeds – wordt gedacht dat een actieve rol de civiele rechter *niet past* en dat partijen er maar voor moeten zorgen dat alle voor waarheidsvinding benodigde gegevens in de procedure worden ingebracht. In deze gedachtegang komt aan waarheidsvinding maar een beperkte betekenis toe.

Een derde reden waarom het belang van waarheidsvinding als centrale waarde in de rechterlijke procedure onder druk staat, is dat er goede redenen zijn om vraagtekens te zetten bij de *haalbaarheid* van waarheidsvinding. Kán de rechter eigenlijk wel de correcte feiten vaststellen? Precies deze twijfel is de achtergrond van de in de inleiding aangehaalde uitspraak van Jerome Frank, dat

*“facts are guesses”*

En inderdaad leidt het geen twijfel dat de rechter bij de waarheidsvinding grote barrières op haar weg vindt, waardoor de rechter het idee kan bekruipt slechts een slag naar die feiten te kunnen slaan. Koudwatervrees voor het vaststellen van feiten kan daarvan het gevolg zijn.<sup>105</sup>

De barrières bij de waarheidsvinding kunnen van praktische aard zijn, veroorzaakt door bijvoorbeeld de inbedding van de waarheidsvinding in het keurslijf van de procedure. Maar er zijn ook meer theoretische barrières, obstakels van epistemologische aard. Kunnen getuigenverklaringen wel een deugdelijke basis vormen voor het vaststellen van de correcte feiten? En kan de rechter de correcte feiten vaststellen aan de hand van een deskundigenbericht? Meer in het algemeen dient zich hier de vraag aan wanneer de rechter een feit bewezen kan achten en wat bewijzen in de procedure eigenlijk behelst.

Al deze vragen zullen het onderwerp zijn van de hoofdstukken die volgen. Daarbij zal het er steeds om gaan te analyseren wat de zwakke schakels in en obstakels voor de waarheidsvinding in de rechterlijke procedure zijn. Daarnaast is het doel aan te geven hoe die zwakke schakels kunnen worden versterkt en hoe eventuele obstakels kunnen worden weggenomen. Deze analyse zal plaatsvinden aan de hand van een aantal thema's rond waarheidsvinding in de procedure.

In *hoofdstuk 3* zal het gaan over de afhankelijkheid van partijen bij het vaststellen van de feiten. De rechter gaat immers niet zelfstandig op zoek naar de feiten, maar lijkt aan alle kanten gebonden te zijn door partijen. Misschien zijn het zelfs wel partijen die bepalen wat de correcte feiten zijn; de consequentie van het beginsel van *partijautonomie*.

Partijautonomie is echter een beginsel dat in het huidige civiele recht grotendeels haar betekenis heeft verloren. De realiteit is dat de moderne civiele rechter een actieve rechter is, met tal van procedurele bevoegdheden op het gebied van

<sup>105</sup> Zie het citaat van Benoît Allemeersch waarmee dit hoofdstuk is ingeleid.

waarheidsvinding. Het is de rechter die in de procedure de touwtjes in handen heeft, ten koste van de invloed van partijen.

Dit heeft belangrijke gevolgen voor de waarheidsvinding. Hoewel de rechterlijke waarheidsvinding wel *via* partijen verloopt, want de rechter doet niets buiten partijen om, is het de rechter die de zeggenschap heeft bij het proces van waarheidsvinding. In het belang van waarheidsvinding moet de rechter die zeggenschap ook benutten.

In *hoofdstuk 4* wordt een ander obstakel voor de rechterlijke waarheidsvinding besproken, namelijk de procedurele inbedding. De rechter is bij waarheidsvinding met handen en voeten gebonden aan procedurele voorschriften, die belemmerend kunnen zijn voor de waarheidsvinding. De ultieme consequentie van de procedurele inbedding van de waarheidsvinding is dat de rechter hooguit een processuele waarheid kan vinden, een waarheid als resultante van het volgen van de procedure. Een dergelijke visie wordt echter niet onderschreven. De kern van de procedurele inbedding van de waarheidsvinding is de gerichtheid op het nemen van een beslissing door de rechter; dit is ook wat waarheidsvinding in de procedure onderscheidt van waarheidsvinding op andere terreinen.

Daarnaast brengt de procedurele inbedding mee dat dat de rechter niet *alleen* acht kan slaan op het belang van waarheidsvinding. Ook andere belangen spelen in de procedure een rol, zoals het belang van een voortvarende procedure of het belang van de vertrouwelijkheid van gegevens. De rechter zal zich dan ook regelmatig in de situatie bevinden dat dergelijke belangen moeten worden afgewogen tegen het belang van waarheidsvinding. Hoe deze afweging gemaakt kan worden, zal voor een aantal onderwerpen worden uitgewerkt.

Vervolgens zal in *hoofdstuk 5* worden ingegaan op bewijzen in de procedure. In paragraaf 1.5 is al besproken dat het vaststellen van feiten door de rechter in de meeste gevallen plaatsvindt zonder dat daaraan bewijslevering te pas komt. Maar wanneer wel sprake is van bewijslevering, heeft de rechter te maken met een aantal lastige vragen rond de waardering van het bewijs. Met name moet de rechter bepalen welke aspecten moeten worden meegenomen bij de bewijsbeslissing, en wanneer zij tot het oordeel kan komen dat het bewijs van een feit geleverd is. Dit is de vraag naar de bewijswaarderingsmaatstaf, die het centrale onderwerp van hoofdstuk 5 vormt.

De volgende hoofdstukken 6 en 7 gaan over twee specifieke vormen van bewijslevering: bewijslevering aan de hand van getuigenverklaringen en bewijslevering aan de hand van een deskundigenbericht. Andere vormen van bewijslevering, met name de gerechtelijke plaatsopneming en bezichtiging en het leveren van schriftelijk bewijs, zullen in dit boek niet afzonderlijk worden behandeld. De reden dat geen afzonderlijk hoofdstuk is gewijd aan schriftelijk bewijs is dat, zoals hiervoor in paragraaf 1.5.2 al werd aangegeven, het bij de waardering van schriftelijke

lijk bewijs vooral gaat om vragen van uitleg van de schriftelijke bewijsmiddelen.<sup>106</sup> Dergelijke vragen plegen niet in het kader van het bewijsrecht, maar van het verbintenissenrecht te worden behandeld en vallen buiten het bestek van dit boek. Dit laat overigens onverlet dat de algemene beschouwingen over het bewijsrecht en de in hoofdstuk 5 te formuleren bewijswaarderingsmaatstaf, ook betekenis hebben voor schriftelijk bewijs.

*Hoofdstuk 6* zal gewijd zijn aan het vaststellen van feiten, het nemen van een bewijsbeslissing, aan de hand van getuigenbewijs. Wanneer de rechter een partij opdraagt nader bewijs te leveren van een bepaalde feitelijke stelling – de opmaat naar een eigenlijke bewijsbeslissing – vindt dit bewijs in het merendeel van de gevallen plaats door middel van het horen van getuigen. Waar het horen van getuigen al een lastige aangelegenheid is, is het waarden van getuigenbewijs nog moeilijker. Het doel van dit hoofdstuk is om een aantal criteria te ontwikkelen, die hierbij als hulpmiddel kunnen dienen.

Ten slotte zal *hoofdstuk 7* gaan over het vaststellen van feiten, het nemen van een bewijsbeslissing, aan de hand van deskundigenbewijs. Deskundigenbewijs heeft als doel een bijdrage te leveren aan de waarheidsvinding, maar de vraag is of er voldoende waarborgen zijn dat dit doel inderdaad bereikt wordt. Besproken zal worden in welke gevallen de rechter een deskundige moet inschakelen; hoe bereikt kan worden dat de deskundige voldoet aan de te stellen eisen van onpartijdigheid en deskundigheid en, ten slotte, op welke wijze de rechter te werk kan gaan bij het beoordelen van een deskundigenbericht.

Wat in dit boek niet of slechts zeer beperkt aan de orde zal komen, is de algemene vraag naar waarheid. Niet alleen is dit een onuitputtelijk onderwerp, waaraan een onderzoeksleven gewijd kan worden.<sup>107</sup> Bovendien is het maar de vraag of het enige zin heeft om *in abstracto* ‘de waarheidsvraag’ op tafel te leggen.

Voor wie dat van belang vindt, is het voor dit boek gekozen uitgangspunt verwoord in paragraaf 1.7: een waar feit is een feit dat is vastgesteld overeenkomstig de werkelijke gang van zaken.<sup>108</sup> Verder wordt ervan uitgegaan dat er een werkelijke gang van zaken is geweest.<sup>109</sup> Dit is een vorm van objectivisme: uitspraken over de wereld, over een gang van zaken, worden niet waar doordat wij denken dat ze waar zijn, maar zijn dat los van wat wij denken.<sup>110</sup> Daarmee is

106 Afgezien van de rechtsregels die bepalen dat aan bepaalde geschriften (akten) dwingende bewijskracht toekomt. Een behandeling van deze rechtsregels zou niet veel toevoegen aan het in dit boek te ontwikkelen betoog.

107 Zie voor een vrij technische introductie in verschillende waarheidstheorieën Richard L. Kirkham (1995), *Theories of Truth*, London 1995.

108 Dat is de oude Aristotelische definitie van een ware uitspraak, namelijk dat van wat niet het geval is, gezegd wordt dat het niet waar is, en dat van wat wel het geval is, dat het wel waar is. Ook volgens moderne auteurs kan volstaan worden met deze definitie, zie bijvoorbeeld Susan Haack (2009) p. 363.

109 Dat is een zogenoemde realistische positie.

110 Duncan Pritchard (2006) p. 8, p. 154. Idem Susan Haack (2007) p. 25.



uiteraard geenszins gezegd dat de waarheid in de procedure ook altijd aan het licht zal komen of zelfs maar dat de rechter in staat is de waarheid te achterhalen; wat dat betreft is het uitgangspunt óók epistemologische bescheidenheid (*epistemic modesty*).<sup>111</sup> Een abstracte behandeling van vragen naar waarheid zal dus niet worden gegeven.

Wél zal worden nagegaan welke belemmeringen waarheidsvinding in de praktijk van de rechterlijke procedure ondervindt.<sup>112</sup> Daaraan zal dan ook ruimschoots aandacht worden besteed, evenals aan de vraag wat de rechter aan die belemmeringen bij de waarheidsvinding kan doen. De onderzoeksvraag luidt daarmee: *hoe kan de rechter bij het vaststellen van feiten in de procedure zoveel mogelijk recht doen aan het belang van waarheidsvinding?*

## 1.9 Samenvatting

Het centrale onderwerp van dit boek is feitenvaststelling door de rechter. In dat kader is in dit hoofdstuk eerst nagegaan wat verstaan dient te worden onder *feiten* in de juridische procedure. ‘Feiten’ worden in de juridische procedure vanouds geplaatst tegenover ‘recht’. Dit onderscheid tussen feit en recht wordt gebruikt om de rechterlijke oordeelsvorming te omschrijven: de toepassing van de rechtsregels op de feiten van het geval. Dit beeld van rechterlijke oordeelsvorming is echter te simpel, vooral omdat feiten en rechtsregels nauw met elkaar verweven blijken te zijn.

Een duidelijke begripsmatige onderscheiding van feiten, ter onderscheiding van rechtsregels, blijkt niet te kunnen worden gegeven. Het vaststellen van feiten en het toepassen van rechtsregels op de feiten kunnen niet strikt van elkaar worden gescheiden; zij vinden plaats in wisselwerking. Bovendien vindt de vaststelling van feiten in de procedure plaats binnen de context van de toepasselijke rechtsregels. Daarmee is altijd sprake van een zekere invloed van de rechtsregels op de feiten; de feiten die de rechter vaststelt, zijn geen ‘kale’ of ‘blote’ feiten, maar feiten met een – in wisselende mate – juridisch-kwalificerend karakter (*paragraaf 1.2*).

Toch is er reden om het onderscheid tussen feit en recht te handhaven. Die reden is dat het onderscheid in de rechtspraktijk op meerdere vlakken een belangrijke rol speelt. Aan de hand van het onderscheid tussen feit en recht is de competentieverdeling tussen feitenrechters en cassatierechter afgebakend en het onderscheid fungeert als handvat bij de taakverdeling tussen rechter en partijen.

Vervolgens is gezocht naar een nadere omschrijving van wat feiten in de rechterlijke procedure zijn. Daarbij kwam naar voren dat het feit-begrip in de

<sup>111</sup> Duncan Pritchard (2006) p. 154.

<sup>112</sup> Verschillende malen zal worden gerefereerd aan de gang van zaken, zoals deze zich in de praktijk voordoet. Hierbij ga ik vooral op mijn eigen ervaringen af; empirische gegevens (over bijvoorbeeld het aantal zaken waarin de rechter getuigen hoort) heb ik slechts op enkele punten kunnen vinden.

procedure zeer ruim is en zich niet beperkt tot zintuiglijk waarneembare feiten, tot objectieve feiten of tot particuliere feiten. In aansluiting op de wet kan als feit worden omschreven *alles wat vatbaar is voor bewijslevering*. Deze omschrijving blijkt echter geen beperkingen aan het feit-begrip te stellen, anders dan dat rechtsregels géén feiten zijn. Daarmee is ‘feit’ alles wat geen recht is (*paragraaf 1.3*).

Hierna is het selecteren van de relevante feiten door de rechter besproken (*paragraaf 1.4*). De rechter zal geen feiten als vaststaand aanmerken die niet relevant zijn en de rechter zal evenmin een bewijsbeslissing nemen ten aanzien van feiten die niet relevant zijn. Steeds worden niet-relevante feiten buiten beschouwing gelaten. Bij de selectie van de relevante feiten geldt als uitgangspunt dat het gaat om feiten die van belang zijn voor de toepassing van de geldende rechtsregels. Relevantie is echter een onbepaald begrip en drukt het in feite niet meer uit dan dat er een relatie te leggen is tussen bepaalde zaken. De rechter heeft dan ook een nader oriëntatiepunt nodig om te bepalen welke feiten relevant zijn; dat is de te nemen rechterlijke beslissing. Het gevolg hiervan is dat pas mét de rechterlijke beslissing blijkt wat de relevante feiten zijn.

Vervolgens is het proces van feitenvaststelling door de rechter aan een nadere analyse onderworpen. Feitenvaststelling vindt niet op één moment plaats, maar in verschillende fasen van de procedure. In deze verschillende fasen vindt feitenvaststelling niet steeds op dezelfde wijze plaats; elke fase heeft haar eigen aard. In de eerste fase van feitenvaststelling gaat de rechter na over welke feiten partijen het eens zijn; deze kunnen als vaststaand worden aangemerkt (*paragraaf 1.5.1*). In de tweede fase van feitenvaststelling neemt de rechter een beslissing over de feiten waarover partijen het niet eens zijn. In veel gevallen is dit geen expliciete bewijsbeslissing, maar een verholde, oneigenlijke bewijsbeslissing (*paragraaf 1.5.2*). Dat verhullen kan plaatsvinden in de vorm van ‘onvoldoende gemotiveerd gesteld’ of ‘onvoldoende gemotiveerd betwist’. Ook kan het gaan om een bewijsbeslissing die is gegoten in een beslissing van uitleg. In de laatste fase van feitenvaststelling bevindt de rechter zich wanneer zij een eigenlijke bewijsbeslissing neemt (*paragraaf 1.5.3*). De rechter geeft dan een expliciete bewijsopdracht aan een van partijen of gelast een deskundigenonderzoek. Aan de hand van de uitkomsten daarvan neemt de rechter een uitdrukkelijke beslissing over het al of niet vaststaan van bepaalde feiten.

Het vaststellen van feiten, het selecteren van feiten en uiteindelijk ook de waardering van het bewijs maken alle deel uit van het proces van rechterlijke oordeelsvorming. Zij zijn daarom een aspect van rechtsvinding en kunnen niet los worden gezien van de rechterlijke oordeelsvorming (*paragraaf 1.6*).

Verder is nog ingegaan op het interpretatieve karakter van het vaststellen van feiten. Net als altijd het geval is bij het vaststellen van feiten, geldt ook voor de rechter dat de feitenvaststelling plaatsvindt vanuit een bepaalde context (*paragraaf 1.7*). Dat betekent echter niet dat de feiten daarom geen relatie zouden hebben met de werkelijke gang van zaken, met de feiten zoals die zich hebben voorgedaan.

Dat is wel degelijk het geval; feiten in de procedure zijn geen fictie. Feitenvaststelling door de rechter is daarom *waarheidsvinding*.

Ten slotte is een plan van behandeling voor dit boek gegeven. Kort gezegd is het doel een nadere bespreking van de wijze waarop de rechter in de procedure aan waarheidsvinding doet en van de belemmeringen die de rechter ondervindt bij die waarheidsvinding. De rode draad daarbij is het belang dat toekomt aan een zo volledig en correct mogelijke vaststelling van de relevante feiten (*paragraaf 1.8*).

Daarmee is ook een normatieve invalshoek gegeven: *hoe kan de rechter bij het vaststellen van feiten in de procedure zoveel mogelijk recht doen aan het belang van waarheidsvinding?*

## 2 Het belang van waarheidsvinding

*“Het recht is tenslotte een combinatie van het ware en het goede.”<sup>1</sup>*

### 2.1 Inleiding

Elke rechterlijke beoordeling begint met het selecteren en vaststellen van de feiten. De rechter moet, eenvoudig gezegd, het recht toepassen op de feiten,<sup>2</sup> maar dan moet wel duidelijk zijn wat die feiten zijn. De selectie en vaststelling van de feiten is niet arbitrair; de rechter construeert niet een willekeurig feitencomplex. Niet alleen is de selectie van de relevante feiten bepaald door de toepasselijke rechtsregels en de te nemen beslissing. Bovendien mogen de feiten geen fictie zijn. De feiten moeten zoveel mogelijk in overeenstemming met de werkelijke gang van zaken worden vastgesteld. De rechter moet daarom een zo getrouw mogelijk beeld van de feiten hebben.

Wanneer de rechter moet beoordelen of de brandverzekeraar terecht uitkering weigert wegens brandstichting door de verzekerde, zal de rechter willen achterhalen wat er in werkelijkheid is gebeurd. Voorkomen moet worden dat de verzekeraar gelijk krijgt in de procedure, terwijl in werkelijkheid de brand niet is veroorzaakt door brandstichting door de verzekerde. Maar als de brand wel is veroorzaakt door brandstichting, is de gewenste uitkomst dat de rechter toestaat dat de verzekeraar uitkering weigert. En wanneer iemand schadevergoeding vordert omdat hij rotte sinaasappels geleverd kreeg, is van essentieel belang of de sinaasappels in werkelijkheid inderdaad rot waren. De rechter kan geen goede beslissing nemen zónder zich te verdiepen in de vraag of de sinaasappels in werkelijkheid wel of niet rot waren. Als de sinaasappels in werkelijkheid rot waren, is er recht op schadevergoeding; als de sinaasappels niet rot waren, is er geen recht op schadevergoeding.

1 F. van Neste (1998) p. 26.

2 In paragraaf 1.2 is besproken dat het beeld van rechtsvinding als het toepassen van het recht op de feiten, in werkelijkheid gecompliceerder is.

In de rechtspraak is onomstreden dat waarheidsvinding een belangrijke rol speelt in de civiele procedure. Zo zegt de Hoge Raad dat de verplichting om te getuigen berust op

*“het algemene maatschappelijke belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt ten dienste van een goede rechtsbedeling.”*<sup>3</sup>

Dat de civiele rechter op zoek is naar de waarheid, sluit echter maar gedeeltelijk aan bij het traditionele beeld van de civiele rechter. Dat beeld is dat deze rechter, anders dan de strafrechter en de bestuursrechter, niet – of in mindere mate – gericht is op materiële waarheidsvinding. In de civiele procedure zou genoeg kunnen worden genomen met een formele waarheid. Vergelijk bijvoorbeeld Asser:

*“Er wordt in verband met het burgerlijk recht wel gesproken van een ‘formele waarheid’ omdat de vraag of een feit ten opzichte van iedereen waar is, dus waar is in absolute zin, strikt genomen niet relevant is.”*<sup>4</sup>

In dit hoofdstuk zal worden betoogd dat dit beeld van de civiele procedure niet klopt. In tal van regels komt het belang van waarheidsvinding naar voren, het belang dat de rechter de feiten correct vaststelt. Het belang van waarheidsvinding loopt juist als een rode draad door het civiele procesrecht (paragraaf 2.4). Daarbij gaat het niet alleen om het belang van het resultaat van waarheidsvinding, het belang van een feitenvaststelling die zoveel mogelijk in overeenstemming is met de werkelijke gang van zaken. Er is ook een zelfstandig belang bij het *proces* van waarheidsvinding, bij een behoorlijk verloop van dat proces en met name bij de deelname door partijen aan het proces van waarheidsvinding (paragraaf 2.5).

Maar eerst komt aan de orde waarom het nu eigenlijk belangrijk is dat de rechter aan waarheidsvinding doet en de feiten zoveel mogelijk correct vaststelt. Daartoe zal worden ingegaan op het verband dat er is tussen waarheid en rechtvaardigheid. Met gebruikmaking van de ideeën van Bernard Williams is uit te leggen waarom waarheid een kernwaarde is (paragraaf 2.2). Verder zal worden ingegaan op het maatschappelijk belang dat betrokken is bij de wens dat rechterlijke uitspraken zoveel mogelijk berusten op een correcte vaststelling van de feiten (paragraaf 2.3).

3 HR 10 april 2009, NJ 2010, 471 m.nt. C.J.M. Klaassen. Vergelijk ook HR 23 september 2003, LJN AG3035 (“Een geding behoort in ieder geval zoveel mogelijk op basis van werkelijkheid te worden beslist”; HR 9 augustus 2002, NJ 2004, 47; HR 7 juni 2002, NJ 2002, 394; HR 30 oktober 2001, NJ 2003, 201; HR 11 september 1998, NJ 1999, 664 m.nt. MMM; HR 2 mei 1997, NJ 1998, 273 m.nt. HJS; HR 13 september 1996, NJ 1996, 731; HR 22 december 1989, NJ 1998, 779 m.nt. JBMV; HR 18 mei 1979, NJ 1980, 213.

4 W.D.H. Asser (2007) p. 244. Overigens neemt Asser nadrukkelijk afstand van het idee dat in het civiele procesrecht om formele waarheid zou gaan.

Nu blijkt dat waarheidsvinding een prominente plaats in de civiele procedure heeft verworven, is er reden om waarheidsvinding als een *beginsel* van procesrecht te benoemen. Daarmee wordt recht gedaan aan het gewicht van waarheidsvinding in de procedure. Hieraan zal paragraaf 2.6 zijn gewijd.

Daarna zal nog nader aandacht worden besteed aan het onderscheid tussen materiële en formele waarheid in de procedure, een onderscheid dat debet is aan het diep gewortelde idee dat waarheidsvinding in de civiele procedure minder ter zake doet (paragraaf 2.7).

## 2.2 Het verband tussen waarheid en rechtvaardigheid

Dat waarheidsvinding zo'n belangrijke plaats inneemt in de rechterlijke procedure, kan niet los worden gezien van het verband dat er is tussen waarheid en rechtvaardigheid. Er kan niet werkelijk recht worden gedaan, wanneer de rechter niet eerst heeft achterhaald hoe de gebeurtenissen waarop de vordering van een partij betrekking heeft, zich in werkelijkheid hebben afgespeeld. Alleen een vonnis dat recht doet aan de werkelijkheid, kan een rechtvaardig vonnis zijn.

Denk aan Koning Salomo, die bekend stond als zeer wijs. Salomo moest beslissen over de vraag wie van twee vrouwen de moeder was van een pasgeborene en aanspraak kon maken op het kind. Zijn methode van waarheidsvinding was ongebruikelijk – hij dreigde het kind in tweeën te hakken –, maar zijn vonnis werd als wijs en rechtvaardig beschouwd, omdat het recht deed aan de werkelijkheid.<sup>5</sup> De door Salomo aangewezen vrouw was wérkelijk de moeder van het kind en zij had dus recht op het kind. Dat bevredigt het rechtsgevoel.

Waarheid en rechtvaardigheid vormen vanouds een begrippenpaar: zonder waarheid kan er geen gerechtigheid zijn.<sup>6</sup> Dat de feiten in een rechterlijke uitspraak zoveel als mogelijk is op de werkelijkheid moeten berusten om die uitspraak rechtvaardig te doen zijn, wordt in de literatuur algemeen onderschreven.<sup>7</sup> Zie bijvoorbeeld Klaassen:

5 Dit bekende bijbelverhaal (I Koningen 3: 16-28) kent vele interpretaties en het oordeel van Salomo wordt ook om andere redenen als wijs beschouwd. Theologen benadrukken de goddelijke inspiratie van Salomo. Asser wijst op de hoor en wederhoor die Salomo toepaste, zie W.D.H. Asser (1992). Vergelijk ook H. Drion (1966) p. 407: “*Het befaamde oordeel van Salomo betrof een vaststelling van feiten.*” Volgens H.J.M. Boukema (1999) p. 225, toont het verhaal juist de onmogelijkheid altijd ‘ten processe de waarheid te kunnen achterhalen.’

6 Susanne Lepsius (2003-I) p. 3; Arnoldo Wald (1987) p. 531; Karl Engisch (1963) p. 4.

7 G. de Groot (2008) p. 62; E. Gras (2004) p. 171; H.C.F. Schoordijk (2004); Asser-Groen-Vranken, Tzankova (2003) p. 80-81; W.D.H. Asser (2001) p. 2; W.D.H. Asser (1999) p. 1252 en p. 1253; F. van Neste (1998) p. 25; H.B. ten Kate (1983) p. 72; H.J. Snijders (1992) p. 58; J. Leijten (1989) p. 454; M. Storme (1978) p. 20; P. Zonderland (1977) p. 152; Käthe Grossmann (1935) p. 507; C.W. Star Busmann (1915) p. 142; J.G.L. Nolst Trénité (1915) p. 142; P. Scholten (1915) p. 61-63.

“Het recht kan alleen zegevieren indien de rechter het hem voorgelegde geschil beslist (...) op grond van hetgeen zich in de context hiervan daadwerkelijk heeft afgespeeld.”  
En: “Rechtspraak die niet aansluit bij de werkelijkheid zal niet worden aanvaard als ‘gerechtigheid’ (...).”<sup>8</sup>

Ook de grondlegger van het Amerikaanse bewijsrecht, Jeremy Bentham, benadrukte het belang van waarheid in de procedure; alleen door waarheid kan recht worden gedaan.<sup>9</sup> In zijn voetsporen heeft zich een traditie ontwikkeld – door William Twining als de *rationalistische traditie* getypeerd – waarin een correcte vaststelling van de feiten als een belangrijke doelstelling van de procedure wordt beschouwd.<sup>10</sup> Die correcte vaststelling van de feiten is een noodzakelijke voorwaarde voor een juiste rechterlijke beslissing. Een rechtvaardige uitspraak stelt dus eisen aan de toepassing van het recht, én aan de vaststelling van de feiten. Want, zoals Jerome Frank opmerkt:

“(...) it is as unjust to apply the ‘right’ rule to the wrong facts as to apply the ‘wrong’ rule.”<sup>11</sup>

Wat precies de eisen zijn die aan de toepassing van het recht moeten worden gesteld om een rechterlijke beslissing rechtvaardig te doen zijn, valt buiten het bereik van dit boek.<sup>12</sup> Hier gaat het om de eisen die aan de feitenvaststelling moeten worden gesteld: de feiten moeten zoveel mogelijk volledig en naar waarheid, dat wil zeggen: in overeenstemming met de werkelijke gang van zaken, worden vastgesteld. Er moet dus sprake zijn, zo zal hierna kortweg worden gesteld, van een *correcte* feitenvaststelling. Alleen dan kan de rechter een rechtvaardige uitspraak doen.

Vergelijk ook R.J.N. Schlössels (2009) p. 34. Een alternatieve positie is verdedigd door A.C. van Schaick (2009), die stelt dat het in de procedure vaak helemaal niet om het correct vaststellen van de feiten gaat, en dat dit ook geen probleem is.

8 C.J.M. Klaassen (2001) p. 67 en p. 48.

9 William Twining (1985) p. 89, spreekt in dit verband over “*the most uncompromising ‘truth theory’ of adjudication*” van Jeremy Bentham.

10 William Twining (2006) p. 35-98. Kenmerkende ideeën van de rationalistische traditie zijn verder dat het van belang is om in de procedure zoveel mogelijk de juiste feiten vast te stellen, dat de mens (rechter of jurylid) ook daadwerkelijk in staat is kennis te verkrijgen over de juiste feiten in de procedure en dat beslissingen in de procedure op rationele wijze moeten worden genomen. Vergelijk ook Anderson, Schum en Twining (2005) p. 79: “*The central tenet of the Rationalist Tradition is that the primary objective of adjective (or procedural) law is the achievement of ‘rectitude of decision’ in adjudication, that is to say the correct application of law to facts proved to be true*”.

11 Jerome Frank (1950) p. 33. Zie ook J.A. Jolowicz (2000) p. 85 e.v.

12 Vergelijk wel de omschrijving die in paragraaf 1.2 is gegeven van een *aanvaardbare* rechterlijke beslissing: dat is een beslissing die past in het rechtssysteem en voldoet aan de eisen van rechtvaardigheid.

Een woord als ‘rechtvaardigheid’ wordt niet veel gebruikt in de hedendaagse juridische vocabulaire. Men houdt het liever bij ‘het recht doen aan de *materiële rechtspositie* van een partij’ of ‘het bevorderen van een *goede rechtsbedeling*’.<sup>13</sup> En het communautaire recht kent het beginsel van *effectieve rechtsbescherming*, dat inhoudt dat nationale rechtsstelsels zo moeten zijn ingericht, dat aan het gemeenschapsrecht ontleende rechten daadwerkelijk geëffectueerd kunnen worden.<sup>14</sup>

Maar of men nu spreekt over het recht doen aan de materiële rechtspositie van een partij, over het voorzien in een goede rechtsbedeling of over effectieve rechtsbescherming, steeds gaat het er in de kern om dat een partij haar rechtsaanspraken bij de rechter ook daadwerkelijk geldend kan maken. Wanneer de materiële rechtspositie van een partij inhoudt dat zij recht heeft op schadevergoeding omdat zij rotte sinaasappels geleverd heeft gekregen, dan *behoort* zij bij de rechter ook schadevergoeding te krijgen. De materiële rechtspositie van een partij wordt niet alleen bepaald door de rechtsregels, maar óók door de feiten van het geval. Zijn er rotte sinaasappels geleverd, dan is de materiële rechtspositie van koper dat hij, met inachtneming van alle wettelijke vereisten, recht heeft op schadevergoeding. De rechterlijke procedure dient dus als resultaat te hebben dat deze partij in een procedure bij de rechter – met alle voorbehouden die een jurist daarbij kan bedenken – ook daadwerkelijk schadevergoeding krijgt toegewezen. Dan wordt recht gedaan aan haar materiële rechtspositie; *dán* is sprake van rechtvaardigheid. Wanneer deze partij geen schadevergoeding zou krijgen omdat de rechter ten onrechte ervan uitgaat dat de sinaasappels niet rot waren, is de uitspraak onrechtvaardig, omdat de partij niet heeft gekregen waar zij recht op heeft.<sup>15</sup> Waarheidsvinding in de rechterlijke procedure staat in dit opzicht dus ten dienste van de rechtvaardigheid van de rechterlijke uitspraak.

Dit hoeft niet te betekenen dat wanneer de feiten niet correct en volledig zijn vastgesteld, per definitie sprake is van een onrechtvaardige uitspraak. Het kan zijn dat de rechter zonder de feiten correct en volledig te hebben vastgesteld, misschien bij toeval, misschien door een juiste ingeving, toch recht heeft gedaan aan de materiële rechtspositie van partijen.

Maar wanneer de rechter door een incorrecte of onvolledige feitenvaststelling geen recht doet aan de materiële rechtspositie van partijen, is wel sprake van een onrechtvaardige uitspraak. Wellicht treft de rechter geen enkel verwijt; de rechter

13 Vergelijk HR 18 mei 1979, NJ 1980, 213.

14 Ingezet met HvJ EG 15 mei 1986, 222/84, Jur. 1986, p. 1651. Zie over het beginsel van effectieve rechtsbescherming onder meer H.B. Krans (2010) p. 9-10; J.H. Jans e.a. (2007) p. 42 e.v.; M.H. Wissink (2001) p. 18-19.

15 Totdat de rechter uitspraak heeft gedaan, is slechts sprake van gepretendeerde rechtsaanspraken. Tot dat moment is sprake van een onzekere situatie, vergelijk D.J. van der Kwaak (1990) p. 11. Verwezenlijking van de materiële rechtspositie van partij houdt daarom eigenlijk in: verwezenlijking van een gepretendeerde materiële rechtspositie.



heeft immers geen onbeperkte mogelijkheden om de waarheid te achterhalen. Maar dat doet er niet aan af dat de rechterlijke uitspraak het rechtsgevoel niet bevredigt:

*“Gerechtigheid en onwaarheid verdragen elkaar niet.”*<sup>16</sup>

Een correcte vaststelling van de feiten, een vaststelling die zoveel mogelijk in overeenstemming is met de werkelijke gang van zaken, is de basis van elke rechterlijke uitspraak. Waarheidsvinding is daarmee een kernwaarde in de procedure.

Een antwoord op de vraag waarom waarheid of waarheidsvinding nu precies een kernwaarde is, is te vinden bij de Engelse filosoof Bernard Williams.<sup>17</sup> Volgens Williams berust waarheid op twee fundamenteën, op twee basisdeugden, namelijk oprechtheid (*sincerity*) en correctheid (*accuracy*). Oprechtheid is het vermogen om dat wat je zegt, overeen te laten stemmen met hetgeen je voelt of vindt. Correctheid is het vermogen om ervoor te zorgen dat wat je zegt of vindt, overeenstemt met de werkelijke gang van zaken. In een door Williams bedachte, fictieve State of Nature blijkt dat beide basisdeugden essentieel zijn voor het succesvol samenleven van mensen: oprechtheid en correctheid dragen eraan bij dat de deelnemers op een effectieve manier informatie kunnen delen en op basis van de verkregen informatie succesvol kunnen handelen. In een goed lopende State of Nature moeten de deelnemers ervan kunnen uitgaan, bijvoorbeeld, dat wanneer iemand zegt dat hij een goede visplek weet, dit ook daadwerkelijk het geval is.

Dit betekent niet dat oprechtheid en correctheid enkel instrumentele waarde hebben; het zijn intrinsieke waarden, die beide nauw verbonden zijn met het hebben van vertrouwen en betrouwbaar zijn. De betekenis van de begrippen oprechtheid en correctheid doet zich vooral voelen wanneer we denken aan situaties waarin géén sprake is van oprechtheid en/of correctheid. Die doen zich voor wanneer sprake is van (zelf)bedrog, misleiding, een gebrek aan realiteitszin, een onjuiste voorstelling van zaken, gemakzucht of het anderszins ontbreken van de wil of het vermogen om waarheid te verkrijgen. Voor correctheid geldt bovendien dat sprake moet zijn van een effectieve methode van waarheidsvinding.

De inzichten van Williams zijn hier om verschillende redenen interessant. Niet alleen laat hij zien dat op een zinvolle manier over waarheid kan worden gesproken, zonder te verzanden in een discussie over de vraag wat waarheid precies is. Daarnaast is belangrijk – dit is het primaire doel van zijn verhandeling – dat Williams het belang van waarheid onderstreept en waarheid verdedigt tegen relativistische tendensen; de mens kan niet zonder waarheid.

Bovendien geeft Williams het volgens hem niet te definiëren concept van waarheid als het ware handen en voeten, door waarheid te vertalen naar de onderliggende begrippen oprechtheid en correctheid. Deze begrippen zijn bij uitstek bruik-

<sup>16</sup> M. Storme (1991) p. 108.

<sup>17</sup> Bernard Williams (2002).

baar in de context van de rechterlijke procedure. Wanneer we het hebben over waarheid in de procedure, gaat het precies hierom, oprechtheid en correctheid. Van partijen wordt gevergd om oprecht en correct de feiten naar voren te brengen, zoals naar voren komt in de in paragraaf 2.4 te bespreken waarheidsplicht van partijen. Getuigen moeten ‘naar waarheid’ een verklaring afleggen, wat betekent dat zij moeten verklaren in overeenstemming met wat zij vinden of weten en zonder daarbij een eigen belang na te streven (oprechtheid), én zoveel mogelijk in overeenstemming met de werkelijke gang van zaken (correctheid).<sup>18</sup> En de rechter ten slotte zal tot een correcte feitenvaststelling moeten komen.

Wat oprechtheid en correctheid hier betekenen, wordt duidelijk wanneer we denken aan tegengestelde situaties: feiten die zijn vastgesteld terwijl sprake was van bedrog of misleiding door een partij, een partij die bewust belangrijke stukken achterhoudt, een getuigenverklaring die tot stand is gekomen onder dwang, een rechter die uit gemakzucht afziet van getuigenverhoor en daardoor geen correct en waarheidsgetrouw beeld van de feiten heeft verkregen. Gerbrandy omschrijft die situatie als volgt:

*“Wanneer wij zeggen dat een vonnis tekort doet aan de waarheid, [hebben wij die vonnissen op het oog] waarbij de rechter tot een rechtens essentieel feitencomplex niet vermocht door te dringen omdat regelen van procesrecht het zijns inziens verboden, met het gevolg (...) dat de uitspraak onrechtvaardig is.”*<sup>19</sup>

Het belang van waarheid in de procedure is niet gelegen in het bereiken van een ver weg gelegen, absoluut punt van ‘waarheid’. Het gaat er om te voorkomen dat de hiervoor geschetste situaties zich voordoen; te vermijden dat van belang zijnde informatie de rechter niet bereikt, dat partijen bedrieglijk handelen, dat de rechter te snel conclusies trekt op grond van aannames die niet kloppen met de werkelijke gang van zaken. Daarmee gaat het uiteindelijk om de wil tot waarheidsgetrouwheid, of, in de woorden van Williams, om

*“the desire for truth ‘for its own sake’ – the passion for getting it right.”*<sup>20</sup>

### 2.3 Het maatschappelijke belang van waarheid

Vanwege het nauwe verband dat er is tussen waarheid en rechtvaardigheid, is het ook een maatschappelijk belang dat rechterlijke oordelen zoveel mogelijk op een correcte feitenvaststelling berusten. Dit is bijvoorbeeld te lezen in de in de inleiding al geciteerde overweging van de Hoge Raad:

18 Waarmee natuurlijk niet is gezegd dat getuigen in de praktijk ook altijd naar waarheid verklaren; zie paragraaf 6.5.

19 S. Gerbrandy (1961) p. 39.

20 Bernard Williams (2002) p. 126.

*“het algemene maatschappelijke belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt ten dienste van een goede rechtsbedeling (...)”*<sup>21</sup>

Dat waarheidsvinding in de procedure een maatschappelijk belang dient, hangt in de eerste plaats samen met het noodzakelijke vertrouwen in rechtspraak. Dit vertrouwen zou worden geschonden, wanneer de rechter zich niet bekommert om een correcte vaststelling van de feiten en de rechter onverschillig zou staan ten aanzien van de werkelijke gang van zaken. Mensen gaan naar de rechter in de verwachting dat de rechter een rechtvaardige beslissing zal nemen; zoals we zagen, vereist dat, dat de feiten zoveel mogelijk in overeenstemming met de werkelijkheid worden vastgesteld. Om te voldoen aan deze – terechte – verwachting van rechtzoekenden, zal de rechter ook inderdaad zoveel als mogelijk is de correcte feiten moeten vaststellen.

Bovendien raakt een rechterlijke procedure niet alleen het belang van partijen, maar is daarbij ook een maatschappelijk belang betrokken.<sup>22</sup> Dat maatschappelijk belang heeft verschillende aspecten.

Een eerste aspect van het maatschappelijk belang van rechterlijke procedures is dat de rechtsaanspraken die een partij heeft op basis van haar materiële rechtspositie, door haar daadwerkelijk bij de rechter geldend moeten kunnen worden gemaakt. Dit is niet alleen een kwestie van vertrouwen in de rechtspraak. Het gaat er ook om dat de doelstellingen die aan rechtsregels ten grondslag liggen, worden gerealiseerd. Denk bijvoorbeeld aan de regel dat werknemers die schade lijden als gevolg van een ziekte die zij door hun werk hebben opgelopen, recht hebben op schadevergoeding. Het is een maatschappelijk belang dat werknemers die zo’n beroepsziekte hebben, ook daadwerkelijk schadevergoeding krijgen. Niet alleen omdat anders het vertrouwen van individuele werknemers in het functioneren van het rechtssysteem wordt ondergraven, maar ook omdat anders de norm, die beoogt op een bepaalde wijze retributieve rechtvaardigheid te bewerkstelligen, zinledig wordt. Ook dat zou het maatschappelijk functioneren van het rechtssysteem ondergraven. De rechterlijke procedure moet dus zo functioneren dat werknemers die een beroepsziekte hebben, bij de rechter ook daadwerkelijk schadevergoeding krijgen. Wanneer de werknemer in werkelijkheid een beroepsziekte heeft, willen we dat de rechter ook vaststelt dát de werknemer een beroepsziekte heeft. En in de tegengestelde situatie, waarin de werknemer in werkelijkheid geen beroepsziekte heeft, willen we dat de rechter vaststelt dat de werknemer geen beroepsziekte heeft. Daarmee is het zoveel mogelijk correct vaststellen van de feiten niet alleen in het belang van een individuele partij, maar ook een algemeen belang.

In de tweede plaats is het maatschappelijk belang betrokken bij een juiste vaststelling van de feiten, omdat het om *overheids*rechtspraak gaat. Een rechterlijke

21 Onder meer HR 10 april 2009, NJ 2010, 471 m.nt. C.J.M. Klaassen.

22 J.A. Jolowicz (2000) p. 88 e.v. en p. 179 e.v.

beslissing is ook steeds de uitoefening van staatsmacht. Dit stelt eisen aan de legitimiteit van rechterlijke beslissingen. Eén van die eisen is dat rechterlijke beslissingen zoveel mogelijk moeten berusten op een juiste vaststelling van de feiten. Dit aspect van het belang van waarheidsvinding is ook benadrukt door de Commissie fundamentele herbezinning Nederlands Burgerlijk Procesrecht:

*“Het is van maatschappelijk belang dat de rechterlijke beslissingen berusten op de realiteit en niet op wat door strategie en tactiek van de procespartijen tot ‘formele waarheid’ in het geding is geworden. (...) Aan de rechter wordt immers niet alleen een beslissing in een geschil gevraagd (...), maar ook wordt door de uitspraak aan de winnende partij de bevoegdheid gegeven een veroordeling af te dwingen met gebruikmaking van het aan de overheid voorbehouden geweldsmonopolie. Binding en dwang legitimeren de rechter erop toe te zien dat hij op een zo verantwoord mogelijke manier uitspraak doet in een werkelijk en rechtens relevant geschil en ook probeert het ontstaan van nieuwe geschillen tussen partijen in de toekomst te voorkomen.”*<sup>23</sup>

De gedachte dat het van maatschappelijk belang is dat rechterlijke uitspraken berusten op een juiste vaststelling van de feiten, is niet nieuw. Zij is ook al te vinden bij Moltzer, die ruim een eeuw geleden zijn publiekrechtelijke bewijstheorie ontvouwde. Deze theorie berust op de stelling dat het aan het licht komen van de waarheid in de civiele procedure niet alleen een privaat belang is, maar, vanaf het moment dat het proces aanhangig is geworden, ook een publiek belang:

*“(...) dat in het civielproces de rechter niet slechts door partijen wordt geroepen om het tusschen haar gerezen geschil tot een welgemotiveerde logische beslissing te brengen, maar tevens van overheidswege de hooge taak zich ziet opgedragen, om met zijne door het oppermachtig gezag van den Staat gesteunde uitspraak voor altijd tusschen partijen een zoodanige feitelijke verhouding te handhaven of te verwezenlijken, als bij zijn gewijsde door hem voor rechtmatig mocht worden erkend.”*<sup>24</sup>

Moltzer zegt dus dat wanneer partijen eenmaal betrokken zijn in een procedure, zij verplicht zijn de autoriteit van de rechterlijke uitspraak te aanvaarden. De wet kent macht toe aan de rechterlijke uitspraak en partijen zijn gedwongen de uitspraak

23 Asser-Groen-Vranken, Tzankova (2003) p. 80-81. Onderschreven door onder meer H.C.F. Schoor-dijk (2004) en G. Knigge (2004).

24 J.P. Moltzer (1904) p. 35. De kern van de publiekrechtelijke bewijstheorie van Moltzer is dat de rechter zich steeds ambtshalve dient te vergewissen van de stellingen die de eiser aan zijn vordering ten grondslag legt. Daardoor is van een bewijslastverdeling in de gebruikelijke zin geen sprake: beide partijen hebben de plicht tegenover de rechter al het mogelijke te doen om in de procedure de waarheid aan het licht te brengen. Zie idem A.Grünebaum (1902) p. 40. Vergelijk ook J.P.A.N. Caroli (1907) p. 48 e.v., die vanwege de betrokkenheid van het staatsbelang de lijdelijkheid van de rechter verwerpt; J.G.L. Nolst Trenité (1915) p. 192, die een juiste vaststelling van de feiten door de rechter een ‘eis van Staatsbelang’ noemt; C.W. Star Busmann (1915) p. 142; Käthe Grossmann (1935) p. 507; J. Eggens (1951) p. 32 e.v.

na te leven. Het “In naam der koningin” dat op elk authentiek afschrift van een rechterlijke uitspraak is geplaatst, machtigt tot tenuitvoerlegging van de uitspraak. Een rechterlijke uitspraak biedt de grondslag tot gezagsuitoefening door de Staat, tot het ingrijpen in ‘de wereld’. Dit is het ‘ernstig karakter’ van rechtspraak.<sup>25</sup> Rechtspraak is niet het vrijblijvend oplossen van een casus. In de casus kunnen we uitgaan van fictie, van een hypothetische stand van zaken, maar in de rechtspraak gaat het om de werkelijke stand van zaken; de rechterlijke uitspraak grijpt in in die werkelijke stand van zaken. De legitimiteit van de gezagsuitoefening wordt ondergraven wanneer de feiten waarop de uitspraak van de rechter berust, niet overeenstemmen met de werkelijke gang van zaken.

Onder meer op dit punt onderscheidt rechtspraak zich van mediation.<sup>26</sup> Zowel bij rechtspraak als bij mediation gaat het om het beëindigen van een conflict tussen partijen. Maar mediation machtigt, anders dan een rechterlijke uitspraak, niet tot het uitoefenen van staatsmacht. Wanneer partijen een vaststellingsovereenkomst hebben gesloten, is deze niet in rechte afdwingbaar.<sup>27</sup> Bij mediation gaat het, anders dan bij rechtspraak, niet om de uitoefening van staatsmacht, zodat in dit opzicht geen sprake is van betrokkenheid van het algemeen belang. Het zal ook om deze reden zijn dat in de handboeken voor mediation is te lezen dat het niet noodzakelijk is dat de waarheid boven tafel komt, dat de juiste feiten worden vastgesteld:

*“Feiten zijn op zichzelf bezien voor het mediationproces niet interessant; feiten spelen in het verleden en het mediationproces is gericht op de toekomst. Partijen kunnen ook niet zinvol onderhandelen over feiten, dat wordt al snel een welles-nietesspelletje, maar wel over wensen en verlangens. (...)”*<sup>28</sup>

Het accent ligt bij mediation dus veel meer op het erkennen van de wederzijdse belangen van partijen, op het verkrijgen van onderling vertrouwen en het op basis daarvan bereiken van overeenstemming, dan op de vraag hoe de feiten zich nu precies hebben voorgedaan.

Een derde aspect van het maatschappelijk belang van een rechterlijke procedure vloeit voort uit het rechtsvormende aspect van rechtspraak. Soms wordt gedacht dat rechtspraak, net als mediation, alleen gaat over het beslechten van geschillen.

25 Asser/Anema & Verdam (1953) p. 21; p. 38.

26 En ook van andere wijzen van geschiloplossing, waarvoor niet altijd vereist is dat de feiten correct worden vastgesteld. Buitengerechtelijke geschiloplossing kan echter ook georiënteerd zijn op rechtspraak. In dat geval is het aannemelijk dat partijen zich wel richten op een correcte vaststelling van de feiten, omdat zij kunnen verwachten dat dit in een rechterlijke procedure ook gebeurt. Rechterlijke beslissingen hebben dan een richtinggevende functie, vergelijk Asser-Groen-Vranken, Tzankova (2003) p. 37; Robert S. Summer (1975) p. 123.

27 Wel kan bij de rechter, net als bij andere overeenkomsten, een vordering tot nakoming van de vaststellingsovereenkomst worden ingesteld.

28 H.J. Bonenkamp (2009) p. 122.

Geschilbeslechting is dan een synoniem voor rechtspraak, of is in ieder geval het belangrijkste doel van rechtspraak.

Een rechterlijke uitspraak beslecht echter niet alleen het conflict tussen partijen, maar draagt zelf ook bij aan het recht en vormt daarmee het recht.<sup>29</sup> Rechterlijke uitspraken hebben daarmee een verdere strekking dan alleen de betrokken partijbelangen; zij maken deel uit van het recht zelf. Dit is duidelijk, wanneer een rechterlijke uitspraak een ‘leemte’ in de regelgeving opvult; wanneer een bepaalde uitleg wordt gegeven aan nieuwe rechtsregels of wanneer nuances worden aangebracht in bestaande rechtsregels. Maar ook wanneer een rechterlijke uitspraak een vaste lijn voortzet, is die uitspraak deel van het recht en daarmee rechtsvormend. Luban omschrijft dit als het rechtsstatelijke aspect van rechtspraak.<sup>30</sup> Zie in deze lijn ook Loth en Mak:

*“De rechtspraak dient in haar rechtsvormende taak bij te dragen aan een permanente herwaardering van de rechtsorde en een herbronning van het recht, en daarmee aan de normatieve structuur van de samenleving. Door haar unieke positie is zij als geen andere maatschappelijke institutie daartoe geëquipeerd en gelegitimeerd.”*<sup>31</sup>

Maar om met gezag en voldoende maatschappelijke legitimatie invulling te kunnen geven aan dit rechtsstatelijke of rechtsvormende aspect van rechtspraak, moeten de feiten waarop een rechterlijke uitspraak is gebaseerd, op waarheid, op een correcte vaststelling van de feiten zijn gebaseerd. Anders zou slechts sprake zijn van een hypothese, van het enkele herhalen van de rechtsregel zelf. Pas wanneer die rechtsregel de werkelijke feiten van het concrete geval ontmoet – waarmee *recht* wordt gevormd – krijgt die rechterlijke beslissing ook het gezag dat vereist is om deel uit te kunnen maken van de door Loth en Mak bedoelde ‘normatieve structuur’ van het recht.<sup>32</sup>

## **2.4 Het belang van waarheidsvinding in de civiele procedure**

Hiervoor werden verschillende argumenten besproken die ondersteunen dat het van groot belang is dat rechterlijke beslissingen zo veel mogelijk berusten op een correcte vaststelling van de feiten. Niet alleen is er een inherent verband tussen waarheid – opgevat als oprechtheid en correctheid – en rechtvaardigheid. Het zoveel mogelijk vaststellen van de feiten zoals die zich in werkelijkheid hebben voorgedaan, dient in verschillende opzichten ook een maatschappelijk belang.

Dit sluit aan bij de centrale plaats die waarheidsvinding in het civiele procesrecht heeft verworven. Hoewel het civiele procesrecht te kampen heeft met hard-

29 Vergelijk Asser-Vranken (2005) p. 9 e.v.

30 D. Luban (1995); zie hierover ook M.A. Loth en E. Mak (2008).

31 M.A. Loth en E. Mak (2008) p. 80.

32 Zie voor dit argument ook Robert Summer (1975) p. 125.

nekkige beeldvorming dat waarheidsvinding daarin níet van primair belang is, kan een analyse van het huidige procesrecht tot geen andere gevolgtrekking leiden dan dat het is doordeesemd van waarheidsvinding. De grote rol van waarheidsvinding in de procedure komt het meest beeldend naar voren in de waarheidsplicht die op partijen rust. Maar ook in tal van andere procesrechtelijke bepalingen blijkt het grote belang van waarheidsvinding in de procedure, zoals hierna zal worden besproken.

### 2.4.1 De waarheidsplicht

De waarheidsplicht houdt in dat partijen verplicht zijn de voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren (art. 21 Rv).<sup>33</sup> Dit betekent dat partijen geen relevante feiten mogen verzwijgen – het aspect van volledigheid – en dat partijen geen onware feiten mogen stellen – het aspect van waarheidsgetrouwheid. Wanneer partijen deze verplichting niet naleven, kan de rechter daaruit de gevolgtrekking maken ‘die zij geraden acht’.

Ook andere rechtsstelsels kennen een waarheidsplicht van partijen.<sup>34</sup> Al meer dan een eeuw geleden werd zij ingevoerd in het Oostenrijkse recht, waarna Duitsland volgde.<sup>35</sup> Ook in het Engelse en Amerikaans recht is *de facto* sprake van een waarheidsplicht.<sup>36</sup> België groeit langzamerhand toe naar het aannemen van

33 De waarheidsplicht is sinds 2002 in de wet neergelegd. Al lang daarvoor is zij, in navolging van haar codificatie in aanvankelijk het Oostenrijkse recht (zie daarover uitvoerig R.R. Verkerk (2010) p. 257 e.v.) en later het Duitse recht, door vele auteurs bepleit of als geldend beginsel beschouwd. Zie onder meer J.P.A.N. Caroli (1907) p. 57 en p. 97; C.W. Star Busmann (1915); Nolst-Trénité (1915); Käthe Grossmann (1935). Vergelijk hierover ook P. Zonderland (1977) p. 149 e.v. Zie voorts ook zeer uitgesproken Star Busmann-Rutten-Ariëns (1972) p. 174-175; p. 219. Verzet tegen een waarheidsplicht van partijen is met name te vinden bij J. Eggens en H.J. Ramaker (1906) en S. Gerbrandy (1961) p. 15, die een waarheidsplicht ‘onbestaanbaar’ noemt.

34 Zie hierover H.F.E. Montrée (2005); Benoît Allemeersch (2004) p. 35 e.v. Zie over de historie van de waarheidsplicht ook R. Verkijk (2009).

35 Zie § 138 ZPO (*‘Die Parteien haben ihre Erklärungen über tatsächliche Umstände vollständig und der Wahrheit gemäß abzugeben’*) en § 178 Oostenrijkse ZPO (*‘Jede Partei hat in ihren Vorträgen alle im einzelnen Falle zur Begründung ihrer Anträge erforderlichen tatsächlichen Umstände der Wahrheit gemäß vollständig und bestimmt anzugeben (...)’*).

36 Voor Engeland is te noemen de *‘statement of truth’* die ingevolge bepaling 22.1 van de Civil Procedure Rules op verschillende processtukken moet worden geplaatst. Indien blijkt dat deze onterecht is gegeven, kan een order wegens *‘contempt of court’* volgen. In de Verenigde Staten moet een processtuk ingevolge bepaling 11 van de Federal Rules of Civil Procedure worden ondertekend, waarmee de ondertekenaar ervoor instaat dat de daarin gestelde feiten ondersteund worden door bewijs of dat dat het geval is na nadere bewijsvergaring. Verder is te wijzen op de in deze landen bestaande verregaande informatieplichten van partijen, ook al in de voorfase van de procedure (de pre-action disclosure). Een van de doelen hiervan is dat de rechter zoveel mogelijk recht kan doen op een correcte feitenvaststelling, zie Neil Andrews (2003) p. 597. Zie voorts H.C.F. Schoordijk (2004) en W.D.H. Asser (2010) p. 34.

een waarheidsplicht, hoewel daarover in de wet nog niets is bepaald.<sup>37</sup> Ook in het Franse recht geldt geen wettelijke waarheidsplicht, maar wordt in de rechtspraak wel aangenomen dat partijen geen bewuste leugens naar voren mogen brengen.<sup>38</sup>

Het doel van de waarheidsplicht is duidelijk: de rechter moet een zo goed mogelijk beeld krijgen van alle relevante feiten, bij voorkeur zo vroeg mogelijk in de procedure.<sup>39</sup> De waarheidsplicht onderstreept dus het belang van het achterhalen van de waarheid in de procedure, zo blijkt ook uit de wetsgeschiedenis:

*“(...) de bepaling [art. 21 Rv – RHdB] [vormt] de wettelijke erkenning en vastlegging van een reeds langer bestaande ontwikkeling, waarin van partijen verlangd wordt dat zij zich bij het aanvoeren van de feiten onthouden van onwaarheid en onvolledigheid. In deze ontwikkeling wordt in toenemende mate getracht te bevorderen dat de beslissing van de rechter zoveel mogelijk recht doet aan de materiële werkelijkheid.”*<sup>40</sup>

Wat de precieze omvang van de waarheidsplicht is, moet in de rechtspraak nog uitkristalliseren. In ieder geval geldt de waarheidsplicht niet absoluut; wanneer sprake is van gewichtige redenen, zo zal nog nader aan de orde komen in paragraaf 4.8.1, kan deze worden doorbroken. Uit het gebruik van het begrip ‘gewichtige redenen’ is echter al af te leiden dat een partij niet snel van de waarheidsplicht zal zijn ontheven. Zo geldt de waarheidsplicht ook wanneer sprake is van informatie die nadelig is voor de partij die de informatie in het geding moet brengen.<sup>41</sup>

Ondanks het niet absoluut zijn van de waarheidsplicht, staat buiten kijf dat partijen nooit feiten mogen stellen waarvan zij weten dat zij niet juist zijn of niet juist kunnen zijn en dat geen feiten mogen worden ontkend waarvan men de juistheid kent.<sup>42</sup> Vergelijk de volgende overweging van de Hoge Raad:

*“dat in het midden kan blijven (...) of de (...) regel dat partijen verplicht zijn de voor de beslissing van het door hen begrensde geschil van belang zijnde feiten volledig en*

37 Zie hierover Benoît Allemeersch (2007) p. 372-375.

38 Strikt genomen bevat het Franse recht geen waarheidsplicht. Zie Serge Guinchard en Frédérique Ferrand (2006) p. 587 en p. 613. Vergelijk B.T.M. van der Wiel (2004) p. 16 e.v. Qua strekking komen art. 8 en 11 Nouveau Code Procédure Civile wel in de buurt van een waarheidsplicht, zie W.D.H. Asser (2010) p. 33-34.

39 Om diezelfde reden bepaalt art. 111 lid 3 Rv dat de inleidende dagvaarding de weren van gedaagde moet bevatten, alsmede de bewijsmiddelen waarover eiser zelf beschikt, inclusief mogelijke getuigen. Deze bepaling moet worden gelezen in samenhang met art. 21 Rv. Hetzelfde geldt, mutatis mutandis, voor de conclusie van antwoord (art. 128 lid 5 Rv).

40 Parlementaire geschiedenis herziening burgerlijk procesrecht (2002) p. 152.

41 Zie HR 28 september 2001, NJ 2002, 104 m.nt. Verkade. Waarschijnlijk ligt dit anders voor gegevens die in strafrechtelijke zin zelfbelastend zijn, vergelijk art. 165 lid 3 Rv en de Adviescommissie voor burgerlijk procesrecht in haar advies over gegevensverstrekking in burgerrechtelijke zaken d.d. 14 juli 2008, p. 13.

42 C.J.M. Klaassen (2002) p. 1453; Benoît Allemeersch (2004) p. 41; A. Hammerstein (1989) p. 1600.



*naar waarheid aan te voeren, een absolute verplichting voor partijen inhoudt binnen die grenzen de materiële waarheid boven tafel te brengen. Een geding behoort in ieder geval zoveel mogelijk op basis van de werkelijkheid te worden beslist. Dit brengt mee, zoals ook voortvloeit uit de geldende eisen van een goede procesorde in burgerlijke zaken, dat de rechter niet mag worden misleid.”*<sup>43</sup>

In ieder geval moet dus misleiding van de rechter worden voorkomen, of wel ‘het uitbannen van de bewuste leugen’.<sup>44</sup>

Het zou echter te beperkt zijn om de waarheidsplicht enkel op te vatten als de (negatieve) verplichting van partijen om zich te onthouden van het debiteren van bewuste leugens in de procedure.<sup>45</sup> Een misschien nog wel belangrijker aspect van de waarheidsplicht is de verplichting tot *volledigheid*. Deze verplichting houdt in dat een partij *alle* relevante feiten aan de rechter moet meedelen. In paragraaf 1.5 is al aangegeven dat dit alle feiten zijn die van belang zijn voor de rechterlijke beslissing. Het gaat dus niet alleen om feiten die in het eigen straatje van een partij – haar vordering of haar verweer – te pas komen. Ook de in art. 111 Rv neergelegde substantiëringsplicht dwingt een partij hiertoe: de dagvaarding dient niet alleen de gronden van de eis te vermelden, maar ook de gronden van het verweer.<sup>46</sup> Partijen dienen dus alle feiten die relevant kunnen zijn voor de rechterlijke beslissing, naar voren te brengen. Ditzelfde criterium blijkt ook uit de wetsgeschiedenis:

*“Artikel 21 (...) verplicht partijen om (...) de rechter geen voor zijn beslissing relevante feiten te onthouden.”*<sup>47</sup>

Bovendien blijkt uit de wetsgeschiedenis dat art. 21 Rv niet alleen inhoudt dat een partij de rechter dient te voorzien van alle voor de beslissing relevante feiten, maar ook, in het kielzog daarvan, van alle voor de beslissing relevante *gegevens*.<sup>48</sup> Kennelijk wordt daarmee bedoeld op informatie ofwel bewijsmiddelen, die een onderbouwing geven aan de feiten. Art. 21 Rv strekt er ook toe dat een partij alle relevante informatie in het geding brengt. Ook hier geldt: het gaat niet alleen om gegevens om informatie die voor de eigen stellingen van een partij van belang zijn, maar om alle gegevens die voor de *rechterlijke beslissing* van belang zijn. In dit opzicht legt de volledigheidsplicht de basis voor art. 843a Rv, waarin is neergelegd

<sup>43</sup> HR 30 oktober 2001, NJ 2003, 201.

<sup>44</sup> Parlementaire geschiedenis herziening burgerlijk procesrecht (2002) p. 146. Vergelijk ook de reeds eerder door de Hoge Raad ingezette rechtspraak, HR 4 oktober 1996, NJ 1998, 45.

<sup>45</sup> Onder andere B.T.M. van der Wiel (2004) p. 28 e.v., kent de waarheidsplicht deze beperkte strekking toe.

<sup>46</sup> Vergelijk voor de door gedaagde te nemen conclusie van antwoord, art. 128 Rv.

<sup>47</sup> Parlementaire geschiedenis herziening burgerlijk procesrecht (2002) p. 152.

<sup>48</sup> Parlementaire geschiedenis herziening burgerlijk procesrecht (2002) p. 147, p. 152, p. 153. Zie anders J.R. Sijmonsma (2010) p. 44, die schrijft dat art. 21 Rv niet de verplichting geeft om alle relevante informatie die een partij heeft, in de procedure over te leggen.

dat een partij op vordering van de wederpartij gehouden is inzage te geven in bepaalde bescheiden.<sup>49</sup>

Uit de in art. 21 Rv vervatte volledigheidverplichting blijkt dat de waarheidsplicht óók positieve verplichtingen schept. Hierover is in de wetsgeschiedenis het volgende te lezen:

*“(...) ook uit zich zelf dienen partijen ernaar toe te werken dat uiteindelijk alle voor de beslissing van belang zijnde feiten boven tafel komen (...)”*<sup>50</sup>

Partijen moeten dus ook uit zich zelf alle relevante feiten waarheidsgetrouw naar voren brengen. Al met al heeft de waarheidsvinding bepaald méér dan alleen een symbolische waarde.<sup>51</sup>

Helder is ook wat het *doel* is van de waarheidsplicht, namelijk dat de correcte en relevante feiten zoveel mogelijk boven tafel komen, zodat de rechter recht kan doen op basis van de werkelijke gang van zaken. Het is dan ook minder juist om de waarheidsplicht te plaatsen in de sleutel van de goede trouw tussen partijen<sup>52</sup> of te baseren op respect voor de rechter of de redelijkheid en de billijkheid.<sup>53</sup> Het *primaire* belang dat de waarheidsplicht beoogt te dienen, is dat van het vaststellen van de correcte feiten in de procedure.<sup>54</sup> Het gaat erom te voorkomen dat de rechter door toedoen van partijen een onjuist of onvolledig beeld van de feiten krijgt.

De waarheidsplicht van partijen heeft ook een moreel aspect. Partijen behoren de rechter juist voor te lichten over de feiten, omdat het niet geoorloofd is om te liegen. Waarheid berust immers op de deugden van oprechtheid en correctheid, zoals betoogd is door de in paragraaf 2.2 besproken Bernard Williams.

Dit morele aspect van de waarheidsplicht heeft een ruimere context. Op vele plaatsen in het materiële recht – zowel het strafrecht, het bestuursrecht als het civiele recht – is sprake van normstellingen die sancties stellen op het verstrekken

49 Vergelijk over de relatie tussen art. 21 Rv en art. 843a Rv ook J.R. Sijmonsma (2010) p. 51 e.v.  
50 Parlementaire geschiedenis herziening burgerlijk procesrecht (2002) p. 147.

51 Parlementaire geschiedenis herziening burgerlijk procesrecht (2002) p. 147. Zie echter M. Kremer (2003), die stelt dat de waarheidsplicht vooral van symbolische betekenis is. Overigens behelst de waarheidsplicht geen rechtens afdwingbare verplichting. Vergelijk punt 3.23 van de conclusie van A-G Spier voor HR 22 februari 2008, NJ 2010, 542 m.nt. bij NJ 2010, 543 van J. Legemaate en C.J.M. Klaassen. Om een partij te dwingen bepaalde informatie in het geding te brengen, zullen andere wegen moeten worden bewandeld, zie daarover paragraaf 4.7.1.

52 Zoals te lezen is bij C.J.M. Klaassen (2002) en A. Hammerstein (1989). Vergelijk ook Benoît Allemeersch (2004) p. 38: *‘het verbod op deloyaal procesgedrag’*.

53 Idem E. Gras (2004) noot 10 op p. 171.

54 Dit laat onverlet dat de waarheidsplicht ook op andere beginselen dan dat van het belang van waarheidsvinding gegrond kan worden. Käthe Grossmann (1935) noemt hier het beginsel van goede trouw in het rechtsverkeer; het beginsel van verbod van rechtsmisbruik en de processuele eis dat elke vordering een redelijk belang moet dienen (*“want ook de vordering, die op onware feiten berust, is zonder redelijken grond ingesteld”*, p. 509).

van onjuiste inlichtingen of het geven van een valse voorstelling van zaken. Denk in het civiele recht bijvoorbeeld aan de regelingen over dwaling, de schijn van volmachtverlening of het geven van onjuiste inlichtingen bij het aangaan van de verzekeringsovereenkomst: degene die zich schuldig maakt aan liegen of bedriegen, moet daarvoor boeten. Er is dus in het recht een meer algemene plicht tot waarachtigheid.<sup>55</sup>

En ook in het materiële recht geldt dat deze algemene plicht tot waarachtigheid méér is dan het zich onthouden van leugens of onwaarheden: partijen hebben ook actieve informatieplichten, waarschuwingsplichten of zorgplichten jegens elkaar.<sup>56</sup>

De waarheidsplicht is slechts één aspect van deze algemene waarachtigheidsplicht.

Ook het rechtsmiddel van herroeping is te zien als uitwerking aan de waarheidsplicht. Een in kracht van gewijsde gegaan vonnis kan worden herroepen indien het berust op een *onjuiste feitelijke basis*, als gevolg van een van de in de wet omschreven gronden: bedrog, valse stukken of het achterhouden van stukken (art. 382 Rv).<sup>57</sup> Uit deze wettelijke gronden komt ook duidelijk het morele aspect van de waarheidsplicht naar voren; list en bedrog moeten worden afgestraft, zelfs ná de rechterlijke beslissing.

Dat een bedrieglijke proceshouding van een procespartij moreel verwerpelijk is, weerspiegelt zich ook in het feit dat een dergelijke houding tevens schending van een rechtsnorm – en daarmee een onrechtmatige daad jegens de wederpartij – oplevert.<sup>58</sup>

De waarheidsplicht die op partijen rust, werkt door in de verplichtingen die op hun procesvertegenwoordigers rusten.<sup>59</sup> Ook advocaten zijn gehouden mee te werken aan een juiste en volledige vaststelling van de feiten. Zo bepaalt art. 30 van de Gedragsregels voor advocaten dat een advocaat zich dient te onthouden van het verstrekken van feitelijke gegevens (aan de rechter of aan de wederpartij), waarvan hij weet of behoort te weten dat deze onjuist zijn.<sup>60</sup>

55 C.W. Star Busmann (1915) p. 140-141.

56 Hiervan zijn vele voorbeelden te geven. Zo is te denken aan de mededelingsplichten van de verkoper; aan het leerstuk van misbruik van omstandigheden; aan de zorgplichten van de werkgever; aan waarschuwingsplichten in gevaarlijke situaties; aan de bijzondere zorgplichten van banken; aan de informatieverplichtingen van beroepsbeoefenaars als notarissen en artsen en de aanbieders van consumentendiensten of -producten. Zie over de waarheidsplicht in het materiële recht en de reikwijdte daarvan ook reeds Ph.A.N. Houwing (1948).

57 Th. B. ten Kate en M.M. Korsten-Krijnen (2005) p. 38 e.v.

58 Parlementaire geschiedenis herziening burgerlijk procesrecht (2002) p. 479; Th.B. ten Kate en M.M. Korsten-Krijnen (2005) p. 71; B.T.M. van der Wiel (2004) p. 33-34.

59 Vergelijk H. van Katwijk (2007), die een aantal disciplinaire uitspraken bespreekt waarin de omvang van de op advocaten rustende waarheidsplicht aan de orde is. Vergelijk ook Benoît Allemeersch (2004) p. 39-40.

60 Zie ook reeds Käthe Grossmann (1935) p. 515: “*De plicht, alleen rechtvaardig geachte zaken te bepleiten of daarin mee te werken, sluit den waarheidsplicht in.*”

#### 2.4.2 Informatieplichten

Uitdrukkingen van de waarheidsplicht van partijen zijn te vinden in de in verschillende wettelijke bepalingen neergelegde plichten van partijen om aan de rechter informatie te verstrekken. Deze plichten zijn gedeeltelijk spontane mededelingsplichten, dus plichten waaraan partijen uit eigen beweging moeten voldoen. Zo moeten partijen bij hun schriftelijke stukken de gronden van hun eis respectievelijk verweer, alsmede de bewijsmiddelen vermelden waarover zij beschikken (de substantiëringsplichten, zie art. 111 Rv voor de dagvaarding respectievelijk art. 128 Rv voor de conclusie van antwoord). Ook art. 85 Rv, dat bepaalt dat een partij verplicht is bij de dagvaarding, conclusie of akte een afschrift te voegen van de producties waarop zij zich beroept, is te zien als een mededelingsplicht van partijen.<sup>61</sup> En de algemene motiveringsplicht van partijen, de plicht van partijen om hun stellingen en weren naar behoren toe te lichten en te motiveren, is eveneens te zien als een bijdrage aan de waarheidsvinding; zij *“bevordert de waarachtigheid in de procedure”*, zoals G.J. Scholten het uitdrukte.<sup>62</sup>

Naast de spontane mededelingsplichten hebben partijen ook plichten tot het verstrekken van informatie op vordering of verzoek van de wederpartij of de rechter. Hier is met name te noemen de exhibitieplicht van art. 843a Rv, die een partij of een derde verplicht om op vordering van de wederpartij inzage in of afschrift van bepaalde bescheiden te verstrekken, wanneer deze daarbij een gerechtvaardigd belang heeft. Ook art. 162 Rv bevat een informatieplicht voor partijen. Daarnaast zijn er nog vele andere (materieelrechtelijke) bepalingen die informatieplichten bevatten.

Al deze mededelingsplichten, waarop nog nader zal worden ingegaan in paragraaf 4.7.1 en verder, dienen één hoofddoel: de rechter moet met het oog op de waarheidsvinding zoveel mogelijk alle relevante informatie verkrijgen. Nevendoel daarbij is dat efficiënt kan worden geprocedeerd als partijen de relevante informatie in een vroeg stadium van de procedure verschaffen.

Het grote belang van een onbeperkte verstrekking aan de rechter van alle relevante informatie blijkt ook uit de regel dat de rechter geen aangifte van een strafbaar feit mag doen, wanneer zij op grond van in de procedure naar voren komende informatie meent dat mogelijk sprake is van het plegen van strafbare feiten.<sup>63</sup> Het belang van waarheidsvinding – het belang *“dat partijen alle feiten en omstandigheden welke naar hun inzicht van belang kunnen zijn voor de beslis-*

61 Zie over de verschillende mededelingsplichten van partijen (onder het oude procesrecht) met name W.A.J.P. van den Reek (1997).

62 Zie zijn annotatie bij HR 10 juni 1966, NJ 1966, 390.

63 Tenzij sprake is van een wettelijke verplichting tot aangifte (HR 30 maart 1998, NJ 1998, 554 m.nt. DA) of van misleiding van de rechter (HR 23 september 2003, LJN AG3035 en HR 30 oktober 2001, NJ 2003, 201). Vergelijk P.J. van der Korst (2007) p. 29.

*sing van het geschil, vrijelijk ter kennis van de rechter kunnen brengen*”<sup>64</sup> – gaat hier dus vóór het belang van de handhaving van de rechtsorde.<sup>65</sup>

### 2.4.3 Getuigplicht

Voor het verstrekken van mondelinge informatie is verder van belang de getuigplicht (art. 164 Rv) en de verplichting van partijen om ter comparitie een verklaring af te leggen op vragen van de rechter of de wederpartij en diens procesgemachtigde (art. 88 Rv). Ook voor de getuigplicht geldt dat zij berust op “*het algemene maatschappelijk belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt ten dienste van een goede rechtsbedeling maar ook rechtstreeks strekt ter bescherming van de belangen van de desbetreffende partij.*”<sup>66</sup>

De getuigplicht rust niet alleen op partijen, maar op een ieder, en heeft een vergaande strekking. Niet alleen is iedereen die wordt opgeroepen te getuigen in een procedure, verplicht om te verschijnen, waarop slechts in bijzondere omstandigheden een uitzondering mag worden gemaakt.<sup>67</sup> Ook een mogelijk beroep op een verschoningsrecht doet niet af aan de verschijningsplicht van een getuige; betrokkene dient op de zitting tegenover de rechter en partijen duidelijk te maken wat de gronden zijn voor het invoeren van het verschoningsrecht, waarna de rechter die gronden kan toetsen.<sup>68</sup>

De getuigplicht houdt ook in dat een getuige gehouden is om een *verklaring* af te leggen. De enige uitzonderingen hierop doen zich voor wanneer de getuige zich kan beroepen op een verschoningsrecht, waarop nader zal worden ingegaan in paragraaf 4.7.6 en verder, of wanneer de getuige zich kan verschonen van het beantwoorden van bepaalde vragen (art. 165 lid 3 Rv).

Op het niet nakomen van de getuigplicht staan, tenzij het gaat om partijgetuigen, zware sancties, zowel van civielrechtelijke aard (gijzeling, art 173 Rv en dwangsom)<sup>69</sup> als van strafrechtelijke (art. 192 en 444 Sr) en tuchtrechtelijke aard.<sup>70</sup>

Ook inhoudelijk worden eisen gesteld aan de getuige. Van de getuige mag worden gevergd, zo overweegt de Hoge Raad,

64 HR 30 maart 1998, NJ 1998, 554 m.nt. DA.

65 Zie ook C.J.M. Klaassen (2002) p. 1454 en P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt (2002) p. 11. Vanwege de voorrang van het belang van waarheidsvinding is er weinig aanleiding tot invoering van een algemene aangifteplicht door de rechter, zoals voorgesteld is door enkele kamerleden, zie TK 2000-2001, 26 855, nr. 19 en 20), bijgevalen door M.W. Knigge (2006).

66 HR 7 juni 2002, NJ 2002, 394.

67 HR 10 april 2009, NJ 2010, 471 m.nt. C.J.M. Klaassen; HR 19 september 2003, NJ 2005, 454 m.nt. DA; HR 7 juni 2002, NJ 2002, 394.

68 HR 19 september 2003, NJ 2005, 454 m.nt DA.

69 HR 18 mei 1979, NJ 1980, 213.

70 Zie nader J.B.M. Vranken (1986) p. 71 e.v.

*“(…) dat hij zich ter voorbereiding van een door hem af te leggen verklaring op de hoogte stelt van schriftelijke stukken of kennis neemt van andere gegevens die eraan kunnen bijdragen dat hij zijn geheugen opfrist en op een adequate wijze op vragen zal kunnen antwoorden (…)”<sup>71</sup>*

Op de getuige rust dus een inspanningsverplichting om een deugdelijke verklaring af te leggen, wederom vanwege het belang dat de waarheid aan het licht komt.

Het belang van waarheidsvinding wordt verder onderstreept doordat de getuige verplicht is de eed of de belofte af te leggen. Daarmee verplicht de getuige zich de gehele waarheid en niets dan de waarheid te zeggen (art. 177 lid 2 Rv). Het onder ede dan wel na het afleggen van de belofte opzettelijk afleggen van een valse verklaring levert het misdrijf van meened op (art. 207 en 207a Sr). Ook hier heeft de wetgever dus alle moeite gedaan om te bewerkstelligen dat de rechter de beschikking krijgt over alle relevante en correcte informatie.

#### **2.4.4 Onderzoeksbevoegdheden van de rechter**

Een belangrijk element in de realisatie van de waarheidsvinding is, naast alle hiervoor behandelde plichten van partijen of derden, de actieve rol die de *rechter* heeft in de procedure. De civiele rechter is niet lijdelijk, maar bemoeit zich actief met het geschil. Met name ten behoeve van de waarheidsvinding heeft de rechter daartoe verschillende bevoegdheden gekregen om in te breken op de zeggenschap die partijen hebben over wat zij in de procedure naar voren brengen.<sup>72</sup> Deze bevoegdheden versterken dus de hiervoor behandelde spontane mededelingsplichten van partijen.

Te noemen is allereerst art. 22 Rv, dat evenals de waarheidsplicht in de wet is opgenomen bij de Algemene voorschriften voor procedures, dat de rechter de bevoegdheid geeft om in elke stand van zaken partijen te bevelen bepaalde stellingen toe te lichten of bepaalde bescheiden over te leggen. Belangrijk is ook de bevoegdheid van de rechter om in elke stand van de procedure een comparitie van partijen te gelasten (art. 88 Rv).<sup>73</sup> De comparitie van partijen is bij uitstek de plaats waar de rechter aan waarheidsvinding kan doen, op basis van de rechtstreeks van partijen mondeling te verkrijgen informatie.

De actieve rol van de rechter bij de feitengaring blijkt verder uit de mogelijkheid die zij heeft om ambtshalve een getuigenverhoor (art. 166 Rv), een deskundi-

71 HR 19 september 2003, NJ 2005, 454 m.nt. DA.

72 Parlementaire geschiedenis herziening burgerlijk procesrecht (2002) p. 6.

73 Zie over de zittingspraktijk van de comparitie na antwoord ‘in termen van doelbereik en rechtvaardigheid’, Janneke van der Linden (2010) en over de wettelijke regeling van de comparitie na antwoord N.H. Margetson (2007). Zie over de communicatie tussen partijen en de rechter op zittingen, Pieter Ippel en Susanne Heeger-Hertter (2006). Vergelijk ook A.T. Marseille (2009), over de zitting bij de bestuursrechter.

genbericht (art. 194 Rv) of een gerechtelijke plaatsopneming te gelasten (art. 201 Rv).

Gezien de veelheid aan onderzoeksbevoegdheden van de rechter bij het feitenonderzoek, kan niet meer worden volgehouden dat ‘*de rechter vanwege de autonomie van partijen niet op eigen gezag achter de waarheid aan mag gaan*’.<sup>74</sup> Dit mag de rechter juist wel – en de rechter *moet* het ook, om zoveel mogelijk recht te doen op basis van een volledig en met de werkelijkheid overeenstemmend feitencomplex. Dit is ook gewenst door de wetgever, maar wordt in de literatuur bepaald niet algemeen onderschreven. Hierop zal uitvoerig worden ingegaan in hoofdstuk 3.

#### 2.4.5 Vrije bewijsleer

Het grote belang van waarheidsvinding in de civiele procedure blijkt verder uit de vrije bewijsleer. Aan de basis van de vrije bewijsleer ligt de gedachte dat de rechter, zoekend naar de waarheid, zo veel mogelijk vrijheid moet hebben bij de bewijsslevering en zo weinig mogelijk wettelijke belemmeringen op haar weg moet vinden. Ook hierbij is weer het belang van waarheidsvinding voorop gesteld, zo blijkt uit de wetsgeschiedenis:

*“Het inzicht dat men, zal het proces beantwoorden aan zijn doel zoveel mogelijk de materiële waarheid te vinden, zuinig moet zijn met bewijsbelemmerende voorschriften en de rechter wat de waardering van het bewijs aangaat slechts bij uitzondering moet binden, heeft de wetgever in de loop der jaren een meer vrije bewijsleer doen aanvaarden. (...) Het ontwerp gaat op deze weg voort.”*<sup>75</sup>

De vrije bewijsleer heeft twee aspecten.<sup>76</sup> Het eerste aspect is de vrijheid bij de bewijsslevering door partijen: de wet bepaalt dat in alle gevallen en met alle bewijsmiddelen bewijs kan worden geleverd (art. 152 lid 1 Rv). Het is duidelijk dat dit de waarheidsvinding bevordert. Elk bewijsmiddel dat kan bijdragen aan de waarheidsvinding, moet de rechter toelaten.

Het tweede aspect van de vrije bewijsleer heeft betrekking op de vrijheid van de rechter bij de bewijsbeslissing. Dit houdt in dat de rechter vrij is bij de waardering van het bewijs, tenzij de wet anders bepaalt. Aan het beginsel van de vrije

<sup>74</sup> Zoals gesteld wordt door A.F.M. Brenninkmeijer (2006) p. 4.

<sup>75</sup> Parlementaire geschiedenis nieuw bewijsrecht (2002) p. 59.

<sup>76</sup> In andere rechtsgebieden heeft de vrije bewijsleer een andere inhoud. Zo wordt in het bestuursrecht het ontbreken van wettelijke regels van bewijslastverdeling als een aspect van de vrije bewijsleer (ook wel aangeduid als vrij-bewijsleer) gezien. Vergelijk L.J.A. Damen e.a. (2009) p. 253; R.J.N. Schlössels (2009); Y.E. Schuurmans (2009) p. 133 e.v.; A.G. van Galen en H.Th.J.F. van Maarseveen (1978) p. 45 e.v. In het strafrecht is in zoverre sprake van een vrije bewijsleer, dat de rechter vrij is bij het bepalen van de bewijskracht aan een bewijsmiddel. Daar gelden echter bewijsminimum-voorschriften. Zie J.F. Nijboer (2008) p. 74-75.

bewijswaardering en de daarop geldende uitzonderingen zal nog nader aandacht worden besteed in paragraaf 5.1 en 6.2. Hier gaat het erom dat ook deze vrijheid bij de bewijswaardering de waarheidsvinding dient; de rechter is niet gedwongen om op grond van een bepaald bewijsmiddel een feit als bewezen te aanvaarden, terwijl dat feit wellicht in werkelijkheid niet waar is.

#### 2.4.6 Mondelinge behandeling

De centrale rol van de mondelinge behandeling in de procedure, de comparitie na antwoord, past in een procesrecht dat is gericht op waarheidsvinding.<sup>77</sup> Ook het pleidooi – waar partijen altijd aanspraak op kunnen maken<sup>78</sup> – geeft gelegenheid voor een mondelinge behandeling van de zaak. Het papier is geduldig en leent zich bij uitstek voor ‘een smakelijk opgedischte fantasie’.<sup>79</sup> Schriftelijke stukken kunnen onvolledig zijn, doordat een partij haar procesgemachtigde niet van alle informatie heeft voorzien. De tussenkomst van een procesgemachtigde maakt bovendien dat sprake is van een extra ‘schakel’ tussen de door een partij gegeven weergave van de feiten en de rechter, wat soms onduidelijkheid in de hand kan werken. Maar ook bij het ontbreken van een procesgemachtigde kan er alle aanleiding zijn om een mondelinge behandeling te gelasten.

Een mondelinge behandeling, het persoonlijk contact tussen rechter en partijen, stelt de rechter in staat door een papieren werkelijkheid heen te prikken en zich rechtstreeks tot een partij te wenden, om een beter zicht te krijgen op de werkelijke gang van zaken.<sup>80</sup> Ook de mondelinge behandeling staat zo in de sleutel van de waarheidsvinding:

*“Meer in het bijzonder vindt de persoonlijke verschijning van partijen haar grond in de overtuiging, dat zóó de waarheid op de meest betrouwbare wijze kan gevonden worden en wordt terecht in alle zaken ook de mogelijkheid van een mondelinge toelichting geopend.”*<sup>81</sup>

77 Zie onder meer Mauro Cappelletti (1989) p. 255-257; Star Busmann-Rutten-Ariëns (1972) p. 240; T.J. Dorhout Mees (1946); Käthe Grossmann (1935) p. 507; C.W. Star Busmann (1915) p. 163. Hierbij is te bedenken dat in oude tijden procedures altijd schriftelijk verliepen; een belangrijke modernisering in het civiele procesrecht was de versterking van het mondelinge element daarin. Zie hierover C.H. van Rhee (2004); R.R. Verkerk (2010) p. 193 e.v.; R.C. van Caenegem (1971).

78 Vergelijk hierover paragraaf 4.6.

79 J.P.A.N. Caroli (1907) p. 33.

80 A.C. van Schaick (2009) p. 45-47, betwijfelt of een mondelinge behandeling bijdraagt aan de waarheidsvinding. Volgens hem kleven hieraan nadelen, zoals de gevaren van verrassingen, slecht luisteren, een onvoldoende voorbereiding en sfeerverpestende machtsconflicten.

81 Käthe Grossmann (1935) p. 507. Vergelijk ook C.W. Star Busmann (1915): “Een mondelinge contradictoire behandeling ter terechtzitting is het beste middel om de waarheid aan den dag te brengen.”



En vergelijk ook Gerhard Walter, die onomwonden stelt dat het doel van de mondelinge behandeling waarheidsvinding is:

*“Die Mündlichkeit ist somit zwar nicht Selbstzweck, sondern Mittel zu einem Zweck, der Wahrheitsfindung nämlich.”*<sup>82</sup>

Onder meer vanwege het grote belang van waarheidsvinding is in alle continentale rechtsstelsels sprake van een toenemend belang van de zitting in (een vroeg stadium van) de civiele procedure.<sup>83</sup> In feite zou dit moeten betekenen dat de rechter altijd gehouden is een zaak mondeling te behandelen.<sup>84</sup> Vergelijk hier ook principe 19 van de ALI/Unidroit-principles,<sup>85</sup> waarin partijen het recht op een mondelinge behandeling wordt gegeven:

*“(...) parties should have the right to present oral argument on important substantive and procedural issues.”*<sup>86</sup>

In het huidige procesrecht vindt echter niet in elke zaak een mondelinge behandeling plaats. Weliswaar bepaalt art. 131 Rv dat de rechter nadat gedaagde voor antwoord heeft geconcludeerd, een verschijning van partijen (een comparitie van partijen)<sup>87</sup> beveelt, maar de rechter kan daar ook vanaf zien indien zij meent dat de zaak daarvoor niet geschikt is.<sup>88</sup> En in hoger beroep ontbreekt merkwaardig genoeg een vergelijkbare bepaling, zodat daar een groot aantal zaken wordt afgehandeld zonder mondelinge behandeling. Ook in hoger beroep zou een mondelinge behandeling van de zaak echter nuttig zijn en een bijdrage leveren aan de waarheidsvinding.<sup>89</sup>

82 Gerhard Walter (1979) p. 331. Volgens Walter (1979) was de omslag van louter schriftelijke procedures naar procedures met een mondeling element noodzakelijk om de weg vrij te maken voor de vrije bewijswaardering.

83 R.R. Verkerk (2010) p. 193 e.v. Verkerk noemt als andere belangen bij de persoonlijke verschijning van partijen voor de rechter de mogelijkheid om te onderzoeken of een schikking kan worden getroffen en een bespreking van het verdere verloop van de procedure. Een ander voordeel van een mondelinge behandeling is dat anderen de procedure kunnen volgen, waarmee de openheid van de procedure wordt bevorderd, zie Neil Andrews (2003) p. 124.

84 Idem Asser-Groen-Vranken, Tzankova (2003) p. 85 en p. 266.

85 Zie voor een algemene introductie over deze beginselen (waarnaar nog verschillende malen zal worden verwezen) H.B. Krans en C.H. van Rhee (2009) en N.H. Andrews (2009).

86 Principle 19.1 van de ALI/Unidroit Principles of Transnational Civil Procedure (2004).

87 Daarnaast kan nog de vraag worden opgeworpen of de comparitie na antwoord in alle opzichten voldoet aan de eisen van een mondelinge behandeling, in die zin dat partijen daar het recht hebben om hun standpunten toe te lichten. Volgens P. Ingelse (2004) p. 56, is dat niet het geval.

88 In de praktijk blijkt een comparitie na antwoord vaak achterwege te blijven in kantonzaken (anders dan arbeids- of huurzaken).

89 Idem W.A.J. van Lierop en T. Tanja-van den Broek (2008).

#### 2.4.7 Twee feitelijke instanties

Als laatste is nog te noemen het uitgangspunt van rechtspraak in twee feitelijke instanties en het toezicht daarop door het rechtsmiddel van cassatie. Aan dit uitgangspunt van het burgerlijke procesrecht – en dan met name de wijze waarop het is vormgegeven, namelijk als een volledige herkansing van partijen en een volledige herbeoordeling door de appelrechter binnen de grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep – is altijd vastgehouden. Over de vraag of rechtspraak in twee feitelijke instanties als een beginsel van procesrecht kan worden aangemerkt, bestaan in de literatuur verschillende opvattingen.<sup>90</sup> Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent constateren dat het ervan af hangt wat verstaan wordt onder een beginsel van procesrecht:

*“Rechtspraak in twee feitelijke instanties is in die zin geen essentiële voorwaarde voor een eerlijk proces dat het ontbreken van de mogelijkheid van hoger beroep niet uitsluit dat toch kan worden gesproken van een behoorlijke rechtspraak. Rechtspraak in twee feitelijke instanties is wél van groot belang voor de kwaliteit van de rechtspleging en het vertrouwen in rechtspraak. (...) Onzes inziens behoort dit grondbeginsel uitgangspunt van wetgeving te zijn.”*<sup>91</sup>

Rechtspraak in twee feitelijke instanties draagt dus bij aan de kwaliteit van en het vertrouwen in de rechtspraak en is in die zin een grondbeginsel van procesrecht. Het beginsel kan niet los worden gezien van het belang dat rechterlijke beslissingen zoveel mogelijk berusten op een correcte feitenvaststelling; fouten of omissies die door partijen of de rechter zijn gemaakt, kunnen in hoger beroep worden hersteld.<sup>92</sup>

Hiermee is een overzicht gegeven van een aantal kernpunten van het procesrecht, waarvan het gemeenschappelijke kenmerk is dat *het belang van waarheidsvinding voorop staat*.

### 2.5 Waarheidsvinding en de behoorlijkheid van de procedure

In de vorige paragraaf werd besproken dat het belang van waarheidsvinding in een groot aantal regels van het civiele procesrecht is verankerd en als een rode draad door dat procesrecht loopt. Daarbij werd steeds benadrukt het belang van het *bereiken* van waarheid; het belang dat de rechter zoveel mogelijk tot een correcte vaststelling van de feiten komt.

90 Onder meer R. van Boneval Faure (1871) p. 68 e.v., W.L. Haardt (1970) p. 146-147 en Stein/Rueb (2007) p. 218 beschouwen het als een beginsel.

91 Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent (2009) p. 8.

92 Th.B. ten Kate (1983) p. 72.

Het belang van waarheidsvinding in de procedure reikt echter verder. Het gaat er niet alleen om dat de rechter zoveel mogelijk de correcte feiten vaststelt, dus om het resultaat van waarheidsvinding, maar evenzeer van belang is *de wijze waarop* de waarheid wordt gevonden, het proces van waarheidsvinding.<sup>93</sup> Dit is de processuele kant van waarheidsvinding.

Het belang van de processuele kant van waarheidsvinding wordt geïllustreerd in het al eerder aangehaalde bijbelverhaal over Salomo. Salomo werd geprezen om zijn wijsheid, omdat hij een juiste beslissing nam en het kind toewees aan de echte moeder. Daarmee deed hij recht deed aan de werkelijkheid. Maar bij de weg die Salomo bewandelde, zijn vraagtekens te plaatsen. Hij nam een groot risico door een zwaard boven het kind te houden; wat zou er zijn gebeurd als de echte moeder in zwijm was gevallen of als beide vrouwen in huilen waren uitgebarsten? Of als de andere vrouw had gezwegen, in plaats van voor te stellen het kind dan maar in tweeën te hakken? Dit kwam Salomo al lang geleden op forse kritiek van talmoedisten te staan. Salomo bereikte weliswaar het juiste resultaat – waarheid –, maar hij veronachtzaamde het processuele aspect van de waarheidsvinding.<sup>94</sup>

De processuele kant van waarheidsvinding houdt in dat de wijze waarop de waarheidsvinding plaatsvindt, behoorlijk moet verlopen. Het behoorlijk verloop van de waarheidsvinding staat gedeeltelijk ten dienste van het resultaat, dat is het vaststellen van de correcte feiten door de rechter. Wanneer de waarheidsvinding goed verloopt, zal dit immers bijdragen aan een correcte vaststelling van de feiten.<sup>95</sup>

93 Dit ambigue karakter van waarheidsvinding kan taalkundig worden herleid op de vervoeging van een werkwoord (waarheid vinden) naar een zelfstandig naamwoord (waarheidsvinding). Ian Hacking (1999) p. 36, wijst erop dat veel van dergelijke woorden (in het Engels eindigend op de uitgang ‘tion’) deze dubbelzinnigheid in zich hebben: enerzijds duiden zij op een proces (de weg ernaar toe) en anderzijds op het resultaat van het proces.

94 Aldus David Werner Amram (1990) p. 25-27.

95 Een andere invalshoek is waarheidsvinding en een behoorlijk verloop van de procedure te beschouwen als tegenover elkaar staande ijkpunten. Zie in deze zin met name de rechtstheoreticus Mirjan Damaška (1986). Damaška typeert rechtsstelsels vanuit hun verschillende visie op de taak van de staat en daarmee op het doel van rechterlijke procedures. De eerste visie is die van de ‘*reactive state*’: dit type staat ziet als doel van de procedure het beslechten van conflicten in de samenleving (‘*conflict-solving justice*’). Daar tegenover staat de ‘*activist state*’: dit type staat wil met de rechterlijke procedure bepaalde doelen in de maatschappij verwezenlijken (‘*policy-implementing justice*’). Een ‘*reactive state*’ heeft met name een procedureel perspectief op de rechterlijke procedure; daarin staat een behoorlijk verloop van de procedure dus centraal. In een ‘*activist state*’ ligt het accent juist op de inhoudelijke uitkomst van de rechterlijke beslissing. Als uitvloeisel daarvan komt in zo’n model waarheidsvinding een grote betekenis toe en is de procedure slechts ‘dienstmaagd’ van het materiële recht (p. 148). Zie over de theorie van Damaška ook R.R. Verkerk (2010) p. 303 e.v., Benoît Allemeersch (2007) p. 43 e.v. en William Twining (2006) p. 194 e.v.

Maar een behoorlijk verloop van het proces van waarheidsvinding dient ook een zelfstandig belang en heeft daarmee ook een autonome functie.<sup>96</sup> Het proces is niet slechts de infrastructuur van de rechterlijke beslissing en kan niet uitsluitend worden begrepen vanuit zijn dienende functie.<sup>97</sup> Waar Ten Kate schrijft:

*“Het procesrecht dient geen doel in zich zelf”,*<sup>98</sup>

moet daar tegenover worden gesteld dat het procesrecht wél een eigen doel dient, namelijk het behoorlijke verloop van de procedure.

Voor de waarheidsvinding betekent dit in de kern dat partijen daaraan in de procedure daadwerkelijk een bijdrage moeten kunnen leveren. Partijen moeten de gelegenheid krijgen te participeren in de waarheidsvinding. Rechterlijke waarheidsvinding vindt niet plaats over de hoofden van partijen, maar met partijen. Een denkbeeldige, helderziende rechter, die zonder enige bewijslevering de feiten juist kan vaststellen (een moderne Salomo), heeft geen aantrekkingskracht. Het is essentieel dat partijen de gelegenheid krijgen alle volgens hen relevante gegevens onder de aandacht van de rechter te brengen.

Dit aspect van waarheidsvinding komt duidelijk naar voren in de rechtspraak van het EHRM over art. 6 EVRM.<sup>99</sup> Hierbij is in de eerste plaats te wijzen op het vaak benadrukte belang van het recht op ‘*adversarial proceedings*’:

*“The court notes that one of the elements of a fair hearing within the meaning of Article 6 § 1 is the right to adversarial proceedings; each party must in principle have an opportunity (...) to make known any evidence needed for his claims to succeed, but also to have knowledge of and comment on all evidence adduced or observations filed with a view to influencing the court’s decision ...”*<sup>100</sup>

Het recht op ‘*adversarial proceedings*’ houdt dus in de eerste plaats in het recht van partijen op bewijslevering, het recht van een partij om haar bewijsmiddelen aan de rechter voor te leggen. Hiermee wordt de individuele rechtspositie van een partij beschermd, omdat het garandeert dat een partij ook daadwerkelijk in de gelegenheid wordt gesteld haar stellingen en bewijsmiddelen naar voren te brengen

96 Door Snijders-Klaassen-Meijer (2007) p. 11 e.v., aangeduid als de rechtsverschaffingsfunctie van het procesrecht.

97 Idem Asser-Groen-Vranken, Tzankova (2003) p. 33-46, waarin een zelfde conclusie met een iets andere argumentatie.

98 Th.B. ten Kate (1983) p. 71.

99 Zie over de betekenis van de hierna te bespreken beginselen van adversarial proceedings en equality of arms voor de civiele procedure ook P. Smits (2008) p. 115 e.v.

100 EHRM 18 maart 1997, NJ 1998, 278, JB 1997, 112 m.nt. AWH (Mantovanelli/Frankrijk). Zie voor een omschrijving van het recht op ‘adversarial proceedings’, EHRM 23 juni 1993, serie A, vol 262 § 63 (Ruiz-Mateos). Vergelijk ook EHRM 20 februari 1996, 1996-31 (Lobo Machado/Portugal) en EHRM 20 februari 1996, 1996-33 (Vermeulen/België).

in de procedure.<sup>101</sup> Dit recht is ook in de rechtspraak van de Hoge Raad verankerd, zoals met name blijkt uit de strikte rechtspraak over de verplichting van de rechter om een bewijsaanbod te honoreren, mits dit relevant is en voldoende gespecificeerd,<sup>102</sup> en uit de verplichting van de rechter om gedurende de gehele procedure, binnen de grenzen van een goede procesorde, nieuwe schriftelijke bescheiden van partijen te accepteren.<sup>103</sup>

Een tweede aspect van het recht op ‘*adversarial proceedings*’ is dat een partij steeds de gelegenheid moet krijgen om commentaar te geven op alle stellingen of bewijsstukken die door de wederpartij (of een derde) in de procedure naar voren worden gebracht, zoals blijkt uit de hiervoor geciteerde overweging van het EHRM. Daarbij doet niet ter zake of de stukken waarop een partij commentaar kan leveren, al dan niet een rol hebben gespeeld bij de rechterlijke beslissing.<sup>104</sup> Het recht om alle stukken die in de procedure zijn ingebracht te becommentariëren, draagt bij aan het vertrouwen van partijen in onafhankelijke rechtspraak:

*“What is particularly at stake here is litigants’ confidence in the workings of justice, which is based on, inter alia, the knowledge that they have had the opportunity to express their views on every document in the file.”*<sup>105</sup>

Het recht van een partij om haar zienswijze en bewijsmiddelen naar voren te brengen, beoogt immers ook te voorkomen dat de rechter haar oordeel vormt op basis van een eenzijdige kennisname van de stellingen of bewijsmiddelen van partijen, waardoor twijfels zouden kunnen rijzen over de onafhankelijkheid van de rechter.<sup>106</sup>

Beide aspecten van het recht op ‘*adversarial proceedings*’ draaien om het recht van partijen op participatie in de procedure. Dit recht is gerelateerd aan de legitimiteit van rechtspraak. Participatie in de procedure – het krijgen van gelegenheid om stellingen en bewijsmiddelen naar voren te brengen, bewijs te leveren en zich uit te laten over de stellingen van de wederpartij – draagt er in belangrijke mate aan bij dat een partij bereid is de uitspraak van de rechter te aanvaarden.<sup>107</sup> Het recht op ‘*adversarial proceedings*’ is ook in de Nederlandse rechtspraak verankerd,

101 M.A. Heldeweg (1999) p. 83.

102 Zie bijvoorbeeld HR 13 februari 2009, NJ 2009, 106; HR 14 november 2008, NJ 2008, 137; HR 13 juni 2008, NJ 2008, 336; HR 18 april 2008, NJ 2008, 243; HR 2 november 2007, NJ 2007, 587.

103 HR 27 september 1991, NJ 1991, 801; HR 26 april 1991, NJ 1992, 407 m.nt. JBMV.

104 EHRM 18 februari 1997, NJ 1997, 590 (Nideröst-Huber/Zwitserland).

105 EHRM 18 februari 1997, NJ 1997, 590 § 29 (Nideröst-Huber/Zwitserland). Zie ook EHRM 27 maart 1998, NJ 1998, 111 m.nt. DA (KdB/Nederland); HR 25 juni 1997, NJ 1998, 776.

106 Vergelijk W.D.H. Asser (1992).

107 Zie hierover uitvoerig Lawrence B. Solum (2005) p. 273-289.

met name in het in de afgelopen decennia steeds meer benadrukte beginsel van hoor en wederhoor.<sup>108</sup>

Het voorgaande geldt ook voor het eveneens uit art. 6 EVRM voortvloeiende beginsel van *'equality of arms'*. Ook dit beginsel draagt bij aan het vertrouwen van partijen in goed functionerende en onafhankelijke rechtspraak, waar het uitdrukt dat beide procespartijen voor de rechter in een gelijke positie dienen te verkeren en de ene partij niet een betere uitgangspositie mag hebben dan de andere partij. Dit heeft onder meer tot gevolg dat als de ene partij wordt toegelaten tot bewijslevering, de wederpartij recht heeft op tegenbewijs.<sup>109</sup> En bewijsmiddelen die een partij inbrengt of aan haar stellingen ten grondslag legt, moeten ook kenbaar zijn voor de wederpartij.<sup>110</sup> Het beginsel van *'equality of arms'* brengt ook mee dat een partij het recht heeft om getuigen voor te brengen en deze getuigen vragen te stellen.<sup>111</sup> Het beginsel van *'equality of arms'* heeft eveneens zijn weerslag gekregen in de Nederlandse rechtspraak. Zo is geoordeeld dat de vroeger bestaande uitsluiting van de partij-getuige in strijd kan zijn met het beginsel van *'equality of arms'*.<sup>112</sup>

De conclusie tot zover is dat ook de onder invloed van het EVRM in de rechtspraak ontwikkelde beginselen van hoor en wederhoor (*'adversarial proceedings'*) en *'equality of arms'* het belang van waarheidsvinding onderstrepen. De sterk toegenomen betekenis van deze beginselen benadrukt het belang van waarheidsvinding.

Primair geldt dat voor de processuele kant van waarheidsvinding, dus voor het belang dat in de procedure op behoorlijke wijze aan waarheidsvinding wordt gedaan. Zoals werd besproken, worden daarmee autonome belangen als de legitimatie van het rechterlijk oordeel en het vertrouwen in de rechtspraak gediend.<sup>113</sup>

108 Onder meer HR 16 januari 2009, NJ 2009, 437; HR 21 november 2008, NJ 2009, 477; HR 11 april 2008, NJ 2008, 223; HR 22 februari 2008, NJ 2008, 124; HR 8 februari 2008, NJ 2008, 92; HR 24 november 2006, NJ 2006, 539 m.nt. HJS; HR 25 mei 2007, NJ 2007, 294; HR 23 maart 2007, NJ 2007, 178; HR 17 februari 2006, NJ 2006, 156; HR 31 januari 2003, NJ 2004, 48 m.nt. DA; HR 5 november 1999, NJ 2000, 64; HR 21 februari 1997, NJ 1998, 4 m.nt. HJS.

109 EHRM 22 september 1994, serie A. vol. 296A (Hentrich/Frankrijk).

110 Dit betekent dat van een partij die zich beroept op bepaalde bewijsmiddelen, gevergd kan worden deze ook in het geding te brengen. De rechter moet dit zo nodig expliciet opdragen aan de partij. Anders ligt het voor bewijsmiddelen waarover een partij beschikt, maar waarop géén beroep wordt gedaan. Het beginsel van *equality of arms* geeft de wederpartij geen aanspraak op inzage in die stukken. Zie idem J. Ekelsmans (2010) p. 53-55; J.R. Sijmonsma (2010) p. 160-161 en HR 6 februari 1998, NJ 1999, 479. Dit laat echter onverlet dat de rechter op grond van de waarheids- en informatieverplichtingen van de partij de betreffende stukken wel kan opvragen en de wederpartij dit kan doen op grond van art. 843a Rv. Ten slotte kan de rechter het achterhouden van bepaalde stukken door een partij in aanmerking kan nemen bij de bewijsbeslissing, zie paragraaf 5.6.5.

111 EHRM 23 juni 1981, NJ 1982, 602 m.nt. EEA (Le Compte).

112 HR 11 februari 2000, NJ 2001, 131 m.nt. DA.

113 Een ander belang van een behoorlijk verloop van het proces van waarheidsvinding is nog de rechtszekerheid: een procespartij moet erop kunnen vertrouwen dat een procedure op een vooraf

De processuele kant van waarheidsvinding, het belang van een eerlijk en behoorlijk verlopende waarheidsvinding, dient echter zélf ook weer het belang van waarheidsvinding als resultaat, omdat het zijn weerslag heeft op de inhoudelijke kant van het proces.<sup>114</sup> Wanneer het proces van waarheidsvinding tot zijn recht komt, draagt dit immers bij aan de inhoudelijke juistheid van de feitenvaststelling. Door het naleven van het beginsel van *‘adversarial proceedings’* en het beginsel van *‘equality of arms’* wordt voorkomen dat de rechter op grond van vooroordelen, eenzijdige of onvolledige voorlichting tot een onjuiste feitenvaststelling, of meer algemeen: tot een onjuiste beoordeling, komt. Zie in deze zin ook het EHRM:

*“Article 6 § 1 is intended above all to secure the interest of the parties and those of the proper administration of justice (...).”*<sup>115</sup>

Een behoorlijk verloop van de procedure draagt dus ook bij aan de inhoudelijke juistheid van de rechterlijke beslissing.<sup>116</sup> Dat blijkt ook uit rechtspraak waarin het EHRM overweegt dat de rechter de plicht heeft tot een deugdelijke bestudering van alle stellingen en bewijsmiddelen van een partij. Het is niet voldoende dat partijen de gelegenheid krijgen stellingen en bewijsmiddelen in te brengen; de rechter moet daaraan ook inhoudelijk aandacht besteden:

*“The effect of Article 6 § 1 is, inter alia, to place the ‘tribunal’ under a duty to conduct a proper examination of the submissions, arguments and evidence adduced by the parties, without prejudice of whether they are relevant to its decision.”*<sup>117</sup>

Het proces van waarheidsvinding is niet ‘voor de Bühne’, maar bevordert inhoudelijk juiste rechterlijke beslissingen.

Daarmee zijn we weer terug bij waarheidsvinding als resultaat, het belang dat rechterlijke uitspraken zoveel mogelijk berusten op een correcte feitenvaststelling.

kenbare en vaste wijze verloopt. Niet alleen is deze zekerheid over het verloop van de procedure voorwaarde voor vertrouwen in de neutraliteit en onafhankelijkheid van de rechterlijke uitspraak. Het maakt het een procespartij ook beter mogelijk om haar proceskansen in te schatten.

114 M.A. Heldeweg (1999) noemt dit de objectieve waarborgen van de uit art. 6 lid 1 EVRM voortvloeiende beginselen.

115 EHRM 18 februari 1997, NJ 1997, 590 (Nideröst-Huber/Zwitserland), met verwijzing naar EHRM 21 november 1995, series A, no. 333-A, p. 17 (Acquaviva/Frankrijk).

116 Een andere opvatting zou meebrengen dat het eigenlijk niet uitmaakt wat de *inhoud* van procesregels is, zolang ze maar eerlijk en fair worden toegepast. Procesregels zouden dan vergelijkbaar zijn met de spelregels van bijvoorbeeld een kaartspel; het maakt niet wezenlijk uit wat de regels inhouden, zolang iedereen de regels maar kent en zich eraan houdt. Dat dit geen juiste opvatting is, zal in hoofdstuk 4 nog nader aan de orde komen.

117 EHRM 19 april 1994, NJ 1995, 462 m.nt. EEA (Van de Hurk/Nederland), § 59. Vergelijk ook EHRM 15 februari 2007, NJ 2008, 434 m.nt. EJD (Boldea/Roemenië).

## 2.6 Waarheidsvinding als beginsel van civiel procesrecht

Waarheidsvinding heeft in de procedure zo'n centrale positie gekregen, dat waarheidsvinding als een *beginsel* van het civiele procesrecht kan worden aangemerkt, net als bijvoorbeeld hoor en wederhoor, een behandeling binnen een redelijke termijn en openbaarheid van het proces.<sup>118</sup> Daarbij gaat het, zoals gezegd, zowel om *waarheidsvinding als resultaat*, het belang van een correcte vaststelling van de feiten door de rechter (de materiële zijde van waarheidsvinding), als om *waarheidsvinding als proces*, het belang van een behoorlijk verlopende waarheidsvinding (de processuele zijde van waarheidsvinding), waarin partijen daadwerkelijk kunnen en soms moeten participeren. Door rechterlijke waarheidsvinding als een beginsel te benoemen, wordt recht gedaan aan het zwaarwegende belang van waarheidsvinding in de civiele procedure.

Over de vraag wat een beginsel precies is en waarin een beginsel zich onderscheidt van een regel en welke rol beginselen in het recht vervullen, is veel geschreven.<sup>119</sup> Een uitvoerige analyse van deze literatuur valt buiten het bestek van deze verhandeling. Hier volsta ik met de constatering dat de kwalificatie als beginsel van procesrecht inhoudt dat het om een fundamentele of essentiële karaktertrek van het procesrecht gaat.<sup>120</sup> Een beginsel geeft op een abstract niveau – abstracter dan het niveau van rechtsregels of rechterlijke uitspraken – aan wat een 'rode draad', kerngedachte of onderliggende waarde is in het (proces)recht. In dit opzicht

118 De meest gebruikte formulering van beginselen van burgerlijk procesrecht is die van R. van Boneval Faure (1871) p. 68 e.v. Zijn zeven beginselen zijn: openbaarheid; lijdelijkheid van de rechter; horen van beide partijen; onderzoek in twee instanties; toezicht op rechtspraak door het rechtsmiddel van cassatie; verplichte vertegenwoordiging der partijen; niet-kosteloze rechtspraak. Zie over de beginselen van Van Boneval Faure onder meer W.L. Haardt (1970) en K. Wiersma (1983). Uiteenzettingen over de voor het burgerlijk procesrecht geldende beginselen zijn verder te vinden bij C.W. Star Busmann-Rutten-Ariëns (1972) p. 215-231; E.M. Wesseling-van Gent (1986) p. 107-123; P.A. Stein (1985) p. 44-51; W.H. Heemskerk (1985) p. 8-12. Vergelijk ook de door V.C.A. Lindijer (2006) p. 467 e.v., benoemde belangen in het civiele proces, die grotendeels overeenstemmen met beginselen van procesrecht. Lindijer noemt hierbij ook 'het belang van de waarheidsvinding in rechte'. Zie voorts Hugenholtz/Heemskerk (2009) p. 6 e.v.; P.A.M. Meijknecht (2009) p. 63 e.v.; Stein/Rueb (2009) p. 22 e.v.; M.L. Hendrikse (2007) p. 2 e.v., waar over 'fundamentele vereisten' wordt gesproken.

119 Het bekendste debat over het verschil tussen beginselen en regels is dat tussen Ronald Dworkin en H.L.A. Hart. Zie hierover bijvoorbeeld A. Soeteman (1991). Vergelijk voorts R.J.N. Schlössels (2004) over de verschillende functies die rechtsbeginselen kunnen hebben, met tal van literatuurverwijzingen. Zie bijvoorbeeld ook L. Timmerman (2009), over beginselen in het ondernemingsrecht. Timmerman benadrukt het veranderlijke karakter van beginselen.

120 Zie bijvoorbeeld J.E. Bosch-Boesjes (1991) p. 236: "*Men kan spreken van een beginsel van burgerlijk procesrecht als het gaat om een zo fundamentele en algemeen geldende eigenschap van de procedure, dat bij het ontbreken daarvan geen sprake kan zijn van een behoorlijke rechtspleging.*"



zijn beginselen beschrijvend: zij geven weer wat de belangrijkste karakteristieken van het geldende recht zijn.

Maar naast dit beschrijvende aspect hebben beginselen ook een normatief aspect. Beginselen geven namelijk ook aan wat de onderliggende waarden van rechtsregels *behoren* te zijn.<sup>121</sup> Het is precies aan dit dubbele karakter, beschrijvend en normstellend, dat beginselen hun belang ontleen.<sup>122</sup> En juist daarom kunnen beginselen ook fungeren als leidraad voor rechtspraak of wetgeving.<sup>123</sup>

Neil Andrews heeft in zijn handboek van het Engelse procesrecht een indringend pleidooi gehouden voor het belang van beginselen in het recht:

*“They underpin, animate and justify whole series of rules. They help to explain those rules. They regulate the process of interpreting and developing rules. (...) First, principles can identify the connections between legal rules. (...) Secondly, principles aid the exposition of complex material and can thus simplify the law. (...) Thirdly, law-making will be sounder if the full sweep of issues can be kept in view. Such a panoramic perspective is facilitated by principles which are illuminatingly synoptic. Relatedly, attention to principle can help maintain the law’s dynamism and flexibility. Fourthly, principles can foster comparative legal insights. (...)”*<sup>124</sup>

In feite, zo is het betoog van Andrews samen te vatten, faciliteren beginselen in het recht het proces van *rechtsvinding*.<sup>125</sup> Zij geven handvatten om het recht uit te leggen en in concrete gevallen toe te passen. Beginselen maken het mogelijk om de grote lijn in het recht te zien, wat onontbeerlijk is in de veelheid en complexiteit van regelgeving en juridische leerstukken.

Het benoemen van waarheidsvinding als beginsel van procesrecht zou een toegevoegde waarde kunnen hebben. Niet alleen maakt de kwalificatie van waarheidsvinding als beginsel zichtbaar dat veel rechtsregels en rechtspraak verbonden worden door de rode draad van het belang van waarheidsvinding. Maar de kwalificatie van waarheidsvinding als beginsel is ook normstellend: waarheidsvinding

121 Vergelijk Snijders-Klaassen-Meijer (2007) p. 26, waar beginselen omschreven worden als fundamentele eisen waaraan het burgerlijk procesrecht in het algemeen voldoet, maar die zich ook laten afleiden uit ‘*functies en desiderata van het burgerlijk procesrecht*’. Het normatieve aspect van beginselen is ook benadrukt door B.W.N. de Waard (1987) p. 56 e.v., die om deze reden van *rechtsbeginselen* spreekt.

122 Anders E.M. Wesseling-van Gent (2003) p. 19, die als nadeel van de definitie van Snijders-Klaassen-Meijer (zie vorige noot) noemt, “(....) dat naast een normatief aspect (dient te voldoen) ook een beschrijvend aspect wordt ingevoerd (in het algemeen voldoet), hetgeen zich moeilijk laat rijmen met het fundamentele karakter van beginselen.”

123 Aldus Stein/Rueb (2009) p. 19.

124 Neil Andrews (2003) p. 51 en p. 52-53.

125 Zie in deze zin ook Klaas Rozemond (1998) p. 185 e.v.

behoort een kernwaarde te zijn en kan daarom als leidraad dienen bij de ontwikkeling van rechtspraak en wetgeving.

Het is niet gebruikelijk in de Nederlandse literatuur om waarheidsvinding te benoemen als een beginsel van civiele rechtspleging.<sup>126</sup> Ook in buitenlandse literatuur wordt zij doorgaans niet expliciet als zodanig benoemd. Een uitzondering is het handboek van Neil Andrews, waarin als ‘*leading principle*’ van het huidige Engelse civiele procesrecht<sup>127</sup> wordt genoemd ‘*accuracy*’.<sup>128</sup> Het ‘*principle of accuracy*’ heeft nagenoeg dezelfde inhoud als het beginsel van waarheidsvinding, zo blijkt uit de toelichting van Andrews:

*“Trial is not supposed to be a lottery, because it would be cheaper for the parties to toss a coin rather than go to law. Instead civil courts are expected to reach determinations of fact and law which are accurate. (...) In civil adjudication the court must meticulously ascertain and consider the evidence and law. If judgments on the merits fall below this standard, they should be corrected on appeal. The public will lose faith in the civil process unless a high level of accuracy is reached in the great majority of cases.”*<sup>129</sup>

Een correcte feitelijke basis van rechterlijke uitspraken is dus, zo stelt Andrews, essentieel voor rechtspraak en daarom aan te merken als een beginsel van civiel procesrecht.

Andrews wijst erop dat het ‘*principle of accuracy*’ door vele andere beginselen wordt ondersteund. Het meest aansprekende hiervan is het beginsel van ‘*pre-trial disclosure*’, dat voorschrijft dat partijen vóór aanvang van de procedure al het beschikbare bewijsmateriaal en alle argumenten aan de wederpartij en de rechter presenteren.<sup>130</sup>

Dat waarheidsvinding niet vaak expliciet benoemd wordt als beginsel van civiel procesrecht, betekent overigens niet dat waarheidsvinding niet van belang wordt geacht. Integendeel, in vrijwel alle Europese rechtsstelsels wordt het belang van een correcte feitelijke basis van civiele rechterlijke uitspraken onderkend. Dit blijkt

126 Slechts P.A.M. Meijknecht (2009) p. 67-68, spreekt over het waarheidsbeginsel, waarmee hij doelt op de waarheidsplicht van partijen, alsmede over het beginsel dat partijen verplicht zijn inlichtingen te verstrekken.

127 Het Engelse civiele procesrecht is ingrijpend gewijzigd sinds april 1999. In dat jaar werden de zogenoemde ‘*Woolf Reforms*’ ingevoerd, waarvan het belangrijkste kenmerk was dat de rechter, ten koste van partijen, meer zeggenschap over de procedure verkreeg. Zie hierover bijvoorbeeld Neil Andrews (2005); J.A. Jolowicz (2000) p. 386 e.v.

128 Vergelijk de in paragraaf 2.2 besproken benoemde basisdeugden van Bernard Williams: *sincerity* en *accuracy*.

129 Neil Andrews (2003) p. 133-134.

130 Neil Andrews (2003) p. 134. Als ondersteunende beginselen noemt hij verder onder meer: rechterlijke onafhankelijkheid, openbaarheid, hoor en wederhoor, het recht op een advocaat. Zie over disclosure nader Neil Andrews (2003) p. 595-632.

met name uit het feit dat in al die rechtsstelsels de rechter steeds meer bevoegdheden heeft gekregen, ten koste van de partijautonomie, om desnoods uit eigen beweging te bewerkstelligen dat zoveel mogelijk alle relevante feiten en bewijsmiddelen in de procedure op tafel komen.<sup>131</sup>

Het belang van een correcte feitenvaststelling is ook af te leiden uit de beginselen van civiel procesrecht die zijn geformuleerd in de ALI/Unidroit-Principles.<sup>132</sup> Zo is in principle 22.1 bepaald dat de rechter verantwoordelijk is voor de vaststelling van alle relevante feiten en onderstreept principle 16 het belang dat partijen en de rechter toegang hebben tot alle relevante informatie en bewijsmiddelen. Principle 16.2 bepaalt dat de rechter op verzoek van een partij gehouden is om inzage te gelasten in bewijsmiddelen waarover de wederpartij of een derde de beschikking heeft. Een partij is verplicht daaraan gehoor te geven, behoudens zwaarwegende belangen die aan inzage in de weg staan (principle 18), op straffe van door de rechter te treffen sancties (principle 17). Voorts is nog te noemen principle 11.3, waarin is bepaald dat een partij zo nodig de gelegenheid moet krijgen om bewijsmiddelen die bij aanvang van de procedure ontbreken, op een later moment alsnog in te brengen. Uit al deze regels blijkt het grote belang dat wordt toegekend aan waarheidsvinding.

Ten slotte sluit het benoemen van waarheidsvinding als een beginsel van procesrecht, aan bij de kwalificatie van de op partijen rustende waarheidsplicht als een *algemeen voorschrift*. De in art. 21 neergelegde Rv waarheidsplicht van partijen – een belangrijke hoeksteen van de waarheidsvinding – is opgenomen in de derde afdeling van boek I van Rv, bij de ‘*Algemene voorschriften voor procedures*’. Deze derde afdeling met ‘Algemene voorschriften voor procedures’ is in de wetsgeschiedenis als volgt toegelicht:

*“In deze afdeling is een aantal bepalingen ondergebracht met een algemeen, soms meer principieel karakter, die voor alle civiele procedures gelden. Hun opname in deze aparte afdeling, namelijk voor in het Wetboek, onderstreept hun algemene betekenis en werd mede ingegeven door het feit dat sommige van deze bepalingen met elkaar samenhangen. De overzichtelijkheid is met deze samenvoeging gediend.”*<sup>133</sup>

Dat de waarheidsplicht is opgenomen bij de ‘algemene voorschriften’ onderstreept dan ook de algemene betekenis van deze plicht.

131 Zie voor deze ontwikkeling het algemeen Mauro Cappelletti (1989) p. 215 e.v.; R.C. van Caenegem (1971). Zie voor Frankrijk onder meer A. Wijffels (2005); André Ponsard (1987) en voor Duitsland P. Oberhammer (2005). Vergelijk ook paragraaf 3.1.

132 ALI/Unidroit-Principles of Transnational Civil Procedure (2004).

133 Parlementaire geschiedenis herziening burgerlijk procesrecht (2002) p. 128.

Daarmee is niet gezegd dat alle ‘algemene voorschriften’ als beginselen van procesrecht moeten worden aangemerkt.<sup>134</sup> Daarvoor zijn de verschillende bepalingen te divers van aard. Zo is er een groep van vooral praktisch georiënteerde bepalingen over het verloop van de procedure.<sup>135</sup> Deze regels hebben wel een algemeen karakter, maar kunnen moeilijk als principieel worden gekwalificeerd.

Daarnaast is er een groep van bepalingen met een algemeen én principieel karakter, zoals het beginsel van hoor en wederhoor (art. 19 Rv), het voorkomen van onredelijke vertraging (art. 20 Rv), het verbod van rechtsweigeren (art. 26 Rv), het beginsel van openbaarheid van de zitting (art. 27 Rv) en openbaarheid van de uitspraak (art. 28 Rv), en de rechterlijke motiveringsplicht (art. 30 Rv). Hier gaat het zonder meer om beginselen van burgerlijk procesrecht.

Ten slotte is er een derde groep van bepalingen, die vooral betrekking hebben op de op partijen en de rechter rustende bevoegdheden en verplichtingen. Zo geldt voor de rechter dat zij altijd partijen kan vragen om nadere informatie (art. 22 Rv), dat zij de zaak onderzoekt en beslist op basis van de grondslag die partijen aan hun vordering of verweer ten grondslag hebben gelegd (art. 24 Rv), en dat zij ambtshalve de rechtsgronden aanvult (art. 25 Rv). In deze groep valt ook de waarheidsplicht van partijen.

Deze derde groep van bepalingen heeft wel een principieel karakter, maar heeft een minder algemene reikwijdte dan de hierboven genoemde bepalingen, zoals het beginsel van hoor en wederhoor. Om die reden ligt het minder voor de hand deze bepalingen als een beginsel van procesrecht te kwalificeren. Daarom is het ook minder passend om de waarheidsplicht als een beginsel te kwalificeren, maar moet gezocht worden naar het algemene beginsel waaruit die waarheidsplicht voortvloeit: het belang van waarheidsvinding.

## **2.7 Formele en materiële waarheid in het civiele recht**

Wanneer waarheidsvinding zo’n centrale rol speelt in het civiele procesrecht – zowel voor wat betreft het resultaat, het zoveel mogelijk vaststellen van de correcte feiten, als voor wat betreft het proces van waarheidsvinding – hoe is het dan mogelijk dat het zelden of nooit als beginsel wordt benoemd? Waarom wordt

<sup>134</sup> Volgens Snijders-Klaassen-Meijer (2007) p. 29, bevatten de algemene bepalingen van boek I Rv een codificatie van hoofdbeginselen. Toch behandelt het handboek ‘waarheidsvinding’ (of de waarheidsplicht van art. 21 Rv) niet als een hoofdbeginsel van burgerlijk procesrecht. C.J.J.C. van Nispen (1993) p. 19 noemt de algemene bepalingen in één adem met beginselen van procesrecht.

<sup>135</sup> Zoals regelingen voor de verbetering van kennelijke fouten in rechterlijke uitspraken (art. 31 Rv), voor het verzuim om op een deel van het gevorderde te beslissen (art. 32 Rv), het indienen van stukken ter griffie (art. 33 Rv), verwijzing naar een andere rechter (art. 34 Rv) en ten slotte een wettelijke grondslag voor het stellen van nadere regels met betrekking tot termijnen voor procesverrichtingen (art. 35 Rv).

waarheidsvinding niet genoemd als kenmerk of centrale waarde van het civiele proces?

De reden hiervoor moet waarschijnlijk worden gevonden in de hardnekkigheid van de historische beeldvorming dat het in het civiele procesrecht niet om echte, om materiële waarheid gaat, maar slechts om formele waarheid. In dit opzicht, zo werd vaak aangenomen, onderscheidde het civiele procesrecht zich van het strafrecht, waar die gebondenheid niet bestond en de materiële waarheid centraal stond. Zie bijvoorbeeld de negentiende-eeuwse jurist De Pinto:

*“Het strafrecht en het burgerlijk recht staan volstrekt niet gelijk. De burgerlijke regter immers zoekt slechts naar formele waarheid, dat is heeft niet zoo zeer te vragen, of de beweerde daadzaken inderdaad waar zijn, dan wel of zij op de bij de wet bepaalde wijze zijn bewezen; de strafregter daarentegen moet, zoo veel mogelijk, de materiële waarheid opsporen.”*<sup>136</sup>

Op vergelijkbare wijze zou het civiele procesrecht zich onderscheiden van het bestuursprocesrecht; in het bestuursproces zou het gaan om materiële waarheid en in het civiele proces om formele waarheid.<sup>137</sup>

Het idee dat het in het civiele proces niet om echte waarheid maar om formele waarheid gaat, is van grote invloed geweest op het waarheidsbegrip in de civiele procedure en werkt door tot op de dag van vandaag.<sup>138</sup> Maar wat nu eigenlijk precies moet worden verstaan onder formele waarheid, is niet zo duidelijk. Formele waarheid wordt in verschillende betekenissen gebruikt.<sup>139</sup> Voor alle betekenissen geldt dat zij uitdrukken dat in de civiele procedure een correcte feitenvaststelling niet, of in mindere mate, aan de orde is. In die zin heeft de kwalificatie als ‘formele waarheid’ een ‘depreciërend’ karakter<sup>140</sup> en geeft zij aan dat de rechter de correcte feiten niet kan, wil of hoeft vast te stellen.

Zo zou in de civiele procedure van formele waarheid sprake zijn omdat de rechter een feit voor waar moet houden wanneer de wederpartij het feit niet betwist. De vraag of deze bewijsregel inderdaad beperkend is voor de waarheidsvinding, zal nader aan de orde komen in paragraaf 3.4.

Van formele waarheid in de civiele procedure wordt ook gesproken, omdat verschillende procesrechtelijke bepalingen – die soms in een andere richting wijzen of andere belangen dienen dan waarheidsvinding – van grote invloed zijn op de

136 A.A. de Pinto (1848), p. 573. In soortgelijke zin R. van Boneval Faure (1893) p. 4-6. Van Boneval Faure gaat er hierbij vanuit dat materiële waarheid, ‘volstreekte waarheid’ is, waarheid ‘waarvan het tegendeel onmogelijk is’; voor formele waarheid geldt dit dan niet.

137 L.J.A. Damen e.a. (2009) p. 254. Zie over het (vermeende) verschil tussen het civiele procesrecht en het bestuursrecht in dit opzicht ook R.H. de Bock (2000).

138 Zo schrijft thans J.F. Nijboer (2010) p. 155, nog: “Het civiele proces staat niet in het teken van de waarheidsvinding”.

139 S. Gerbrandy (1961) p. 33.

140 S. Gerbrandy (1961) p. 33.

door de rechter vast te stellen waarheid. Hierop zal uitvoerig worden ingegaan in hoofdstuk 4.

Verder – en dit is de meest gebruikte betekenis van formele waarheid<sup>141</sup> – zou sprake zijn van formele waarheid in de civiele procedure omdat de rechter gebonden is aan formele voorschriften bij de bewijswaardering en daarom verplicht is bepaalde feiten voor waar te houden.<sup>142</sup> Een gebonden bewijswaardering houdt in dat wanneer bepaalde bewijsmiddelen voor een bepaald feit aanwezig zijn, zoals een bepaald aantal getuigen of een schriftelijke akte, de rechter gedwongen is dat feit voor waar te houden. En bij afwezigheid van bepaalde bewijsmiddelen, moet de rechter het feit voor onwaar houden.

Inderdaad kende het civiele procesrecht oorspronkelijk een gebonden en formalistisch bewijsrecht, overigens net als vrijwel alle bewijsstelsels, inclusief de strafrechtelijke.<sup>143</sup> Voor vrijwel alle bewijsstelsels gold namelijk dat het bewijsrecht voorzag in vaste regels die bepaalden wanneer het bewijs was geleverd en een feit voor waar moest worden gehouden. Zo'n bewijsrecht gold in West-Europa vanaf ongeveer de 13<sup>e</sup> eeuw tot aan de Franse Revolutie.<sup>144</sup> In het Nederlandse bewijsrecht zijn echter in de loop van de twintigste eeuw de meeste formalistische bewijsregels afgeschaft en is in 1988 de vrije bewijsleer ingevoerd.<sup>145</sup> Dit was het definitieve einde van (de restanten van) een formalistisch bewijsrecht.

141 In de Middeleeuwen werd materiële waarheid ook wel geplaatst tegenover de formele waarheid van een godsoordeel. Zie Susanne Lepsius (2003-II) p. 79 met nadere gegevens.

142 Zie in deze zin bijvoorbeeld M. Storme (1963) p. 213.

143 Een belangrijke uitzondering is echter het klassieke Romeinse procesrecht, waarin de aangezochte scheidsman, de *iudex privatus*, aan geen enkel bewijsvoorschrift was gebonden. Asser/Anema & Verdam (1953) p. 1 e.v.; H. Nagel (1967) p. 146 e.v.; Gerhard Walter (1979) p. 7 e.v.

144 Zie over het gebonden bewijsrecht (*preuves légales*) R.C. van Caenegem (1971) p. 21 e.v. en H. Nagel (1967) p. 72 e.v.

145 Vanaf het einde van de negentiende eeuw werd gewerkt aan een herziening van het civiele bewijsrecht. In 1899 stelde de regering een staatscommissie in onder leiding van P.R. Feith, ter voorbereiding van een herziening van het civiele bewijsrecht. De commissie bracht in 1901 een ontwerp van wet uit, dat echter niet tot wetgeving heeft geleid. In 1911 werd opnieuw een staatscommissie ingesteld, onder leiding van S. Gratama. De Staatscommissie Gratama bracht in 1920 haar rapport uit, waartoe een ontwerp van wet voor een nieuw Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering behoorde. Een van de kernpunten daarvan was dat de wetsvoorschriften dienden bij te dragen aan de materiële waarheidsvinding. Ook het ontwerp-Gratama heeft niet tot wetgeving geleid. Vervolgens heeft de Commissie Dorhout Mees in 1948 de 'Richtlijnen voor een ontwerp voor het burgerlijk proces' opgesteld. Een volgend regeringsontwerp voor een nieuw bewijsrecht, geënt op het voorontwerp van de Staatscommissie voor Burgerlijke wetgeving onder leiding van Star Busmann uit 1959, zag het licht in 1969. Het is dit ontwerp dat uiteindelijk heeft geleid tot het in 1988 ingevoerde nieuwe bewijsrecht. Zie voor nadere gegevens J.E. Bosch-Boesjes (1991) p. 19 e.v. en R.J.C. Flach (1988) p. 1-24; Asser/Anema & Verdam (1953) p. 11 e.v. Zie voor literatuur over het ontwerp van de Staatscommissie-Feith de NJV-preadviezen van J.P.A.N. Caroli (1907) en C.A.J. Hartzfeld (1907); over het ontwerp van de Staatscommissie-Gratama de NJV-preadviezen van J. Offerhaus (1924) en J.G. Meilink (1924) en ook C.H. van Rhee (2004); over de Richtlijnen

Maar ook vóór de invoering van het nieuwe bewijsrecht was er al lange tijd veel kritiek op het idee dat het in het civiele bewijsrecht slechts om formele waarheid zou gaan. Zo werd in het wetsontwerp voor algemene bepalingen over bewijsrecht dat in 1804 werd opgesteld, dus nog voor de invoering van het eerste Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, in het geheel geen verschil gemaakt tussen bewijzen in het civiele recht en in het strafrecht. Voor beide rechtsgebieden stelden de ontwerpers voorop dat de rechter recht moest doen op basis van de ware feiten:

*“art. 1: Bewijzen, in den Rechtelyken zin, is van de waarheid eener beweerde Zaak, naar vereisch van het Recht, ten genoegen van den Rechter te doen blyken.*

*art. 2: Alle Rechtelyk Bewys dierhalven heeft ten Voorwerp en Bedoeling, het daarstellen van Rechtelyke zekerheid.*

*(...)*

*Art. 5: Rechtelyke Zekerheid is gelegen in des Rechters overtuiging nopens de waarheid van het beweerde, gegrond op de algemeene en byzondere Voorschriften, welke hem ter bepaling van Zyn Oordeel zyn voorgeschreven.”<sup>146</sup>*

Van enig onderscheid tussen de waarheidsoriëntatie van civiel recht en die van strafrecht, was hier derhalve geen sprake.

Zeer kritisch over het onderscheid tussen formele waarheid en materiële waarheid was ook Opzoomer/Levy:

*“Men zegt en schrijft het elkander na als een onaantastbaar dogma: ten civiele heerscht formeele, ten penale reële waarheid. (...) De ‘waarheid’, waarop men heet prijs te stellen wordt derhalve uitgedost al naar gelang zij in deze of gene richting dienst heeft te doen.*

*Gelukkig is het zoogenaamde dogma niets meer dan een machtspreuk. (...) Niet genoeg kan er derhalve op worden gewezen, dat ook ten civiele het plicht en roeping der rechtsbedeeling is, de waarheid zoo nabij te komen als menschen mogelijk is. (...)”<sup>147</sup>*

Dorhout Mees onder meer de NJV-preadviezen van W.L. Haardt (1951) en J. Eggens (1951) en de preadviezen voor de Nederlandse Advocaten-Vereeniging van C.R.C. Wijckerheld Bisdom en C.W. Dubbink (1949); over het regeringsontwerp uit 1959, W.L. Haardt (1959) en C.H. Beekhuis (1960).

146 Ontwerp van Wetten omtrent het Bewijs van de in 1798 benoemde Commissie tot het ontwerpen van een algemeen burgerlijke en lijfstraffelijke wetboek, in 1804 aangeboden. Het ontwerp is door de Koning verworpen. Zie hierover nader J. Wiarda (1959) p. 194 e.v. Het ontwerp wordt ook genoemd bij Asser/Anema & Verdam (1953) p. 11 en I. Giesen (2001) p. 52.

147 Opzoomer/Levy (1900) p. 2-3. Idem in nog meeslepende stijl Opzoomer/Levy (1902) p. 156-157. Vergelijk ook P. Pet (1890) p. 23; P.C.A.J. Hartzfeld (1907) p. 144; Paul Scholten (1915) p. 61-63; J. Rombach (1879) p. 78.

En Caroli schrijft, in 1907:

*“Men pleegt een onderscheid te maken tusschen de zg. materieele en de formeele waarheid en te leeren dat in het burgerlijk geding met de laatste kan worden volstaan. (...) Het lijdt bij mij geen twijfel of de wet heeft, blijkens het beloop van hare voorschriften, gewild dat, even goed als aan het vonnis in strafzaken en in de twistgedingen voortspuitende uit de Ongevallenwet 1901, ook aan de beslissing van den burgerlijken rechter de waarheid ten grondslag zou liggen, de waarheid die niet voor splitsing in z.g. materieele en formeele of quasi waarheid vatbaar is. (...)”*<sup>148</sup>

Ook de opdracht aan de Staatscommissie-Gratama was om een procedure te ontwerpen waarmee ‘een zooveel mogelijk zoeken naar de werkelijke waarheid’ mogelijk werd gemaakt,<sup>149</sup> terwijl in de Richtlijnen Dorhout Mees het volgende is vermeld:

*“Onze commissie gaat ervan uit, dat alle wettelijke bepalingen, die een onderzoek naar de materiële waarheid, in de beperkte zin opgevat,<sup>150</sup> verhinderen, behoren te worden verwijderd.”*<sup>151</sup>

In het ontwerp van de Staatscommissie-Feith uit 1901 werd op dit punt het volgende opgemerkt:

*“Er zijn er, die in dit opzicht eene scherpe grenslijn trekken tusschen de taak des rechters in burgerlijke en die in strafzaken, en aannemen, dat het bij de eersten zou moeten te doen zijn om formeele, bij de laatsten om werkelijke waarheid. Dit onderscheid is in meer dan één opzicht onjuist. De waarheid is één: en is er sprake van formeele waarheid, dan geschiedt dit in dien zin, dat de rechter altijd gebonden is aan de bewijsmiddelen, die tot zijne kennis gekomen zijn, en die hij naar zijn inzicht heeft te waardeeren. Eene beslissing omtrent de absolute waarheid geeft de rechter, als feilbaar mensch, nooit”.*<sup>152</sup>

Alle aangehaalde teksten onderstrepen dat het idee dat in het civiele procesrecht de waarheid er minder toe zou doen dan in het strafrecht, steeds aan kritiek onder-

148 J.P.A.N. Caroli (1907) p. 10-11.

149 Lees de toespraak van de Minister van Justitie bij installatie van de Staatscommissie: “Een klare, eenvoudige rechtsgang, begrijpelijk voor het volk, een zooveel mogelijk zoeken naar de werkelijke waarheid, eene nauwe aanraking tusschen rechtsprekenden en rechtzoekenden, eene snelheid in berechting (...), ziedaar de eischen van het heden, waarnaar een vernieuwd of Nieuw Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering streven moet.” Overigens ook na honderd jaar nog een actueel wensenlijstje. Staatscommissie-Gratama (1920-I), p. IV.

150 Daarmee is bedoeld, zo blijkt uit de voorafgaande passage, dat de rechter wel gebonden is aan het door partijen begrensde geschil.

151 Richtlijnen Dorhout Mees (1948) punt 14.

152 Staatscommissie-Feith (1901) p. 40.



hevig is geweest. Dat er een onderscheid zou zijn tussen een formeel waarheidsbegrip in het civiele procesrecht, en een materieel waarheidsbegrip in het strafrecht, was dus zeker geen algemeen gedeeld inzicht.<sup>153</sup>

Het is in dit verband van belang erop te wijzen dat aan een geformaliseerd systeem van bewijsrecht – dat, zoals gezegd, in belangrijke mate het spoor getrokken heeft naar een formeel waarheidsbegrip – ook andere redenen ten grondslag lagen dan het idee dat waarheid niet, of minder, ter zake zou doen. Een geformaliseerd stelsel van bewijsrecht, en dan met name de gebonden bewijswaardering, kan niet los worden gezien van heersende ideeën over de mogelijkheden om kennis te verkrijgen. Er is dus een relatie tussen de inhoud van het bewijsrecht en geldende epistemologische inzichten.<sup>154</sup>

Wanneer men aanneemt dat ware kennis alleen bereikbaar is door God of met Gods hulp, is het begrijpelijk dat het in de Middeleeuwen gebruikte godsoordeel een beter middel is om de waarheid te achterhalen dan het oordeel van de feilbare mens.<sup>155</sup> Alleen het oordeel van God kan tot waarheid leiden; het menselijk oordeel is hiertoe niet in staat.<sup>156</sup>

En na de afschaffing van het godsoordeel, toen rechterlijke beslissingen in mensenhanden werden gelegd, wilde men aanvankelijk niet het lot van de ene mens laten afhangen van het willekeurige oordeel van een andere mens. Er was onvoldoende vertrouwen in de cognitieve vermogens van die mens om tot een juiste bewijsbeslissing te komen, zodat men zocht naar vaste regels bij de bewijswaardering.<sup>157</sup> Om deze reden werden vaste bewijsregels ontwikkeld, waarin was aangegeven wat de bewijskracht van een bewijsmiddel was. Een stelsel van gebonden bewijswaardering had bovendien het voordeel van uniformiteit en voorspelbaarheid; alle zaken werden op dezelfde, vooraf bepaalde wijze beoordeeld.<sup>158</sup>

Pas met de Verlichting, toen er vertrouwen ontstond in de capaciteiten van de mens om door eigen rationele redeneringen en aan de hand van empirische waarnemingen zelfstandig kennis te vergaren, zonder daarbij afhankelijk te zijn

153 Het is dan ook bepaald onjuist dat “*De ontdekking dat ook rechters op zoek konden of moesten gaan naar de materiële waarheid (...) pas gemeengoed [is] geworden in de jaren negentig [van de 20<sup>e</sup> eeuw – RHdB]*”, zoals J.R. Sijmonsma (2010) p. 48 stelt.

154 Vergelijk ook Chaïm Perelman (1963) p. 17.

155 Susanne Lepsius (2003-I) p. 16. Zie ook H. Nagel (1967) p. 167 e.v. Vergelijk de verwijzing van Opzoomer-Levy (1904) p. 54-55, naar F.Fr. Rosshirt (1857) als ‘lofredenaar’ van het canonieke recht, volgens wie ook het bewijsrecht van het canonieke recht erop is gericht de rechter van dwaling te weerhouden.

156 Verder moet worden aangetekend dat het godsoordeel altijd bestond naast andere bewijsmethoden en ten opzichte daarvan een subsidiair karakter had, zie Jean-Philippe Lévy (1965) p. 13. Bovendien wijst Lévy (1965) p. 18, erop dat het godsoordeel ook tot doel had mensen te weerhouden van het afleggen van valse getuigenissen, naast het herstel van de metafysische orde (p. 21-22).

157 Op de regels die waren opgesteld voor de waardering van getuigenbewijs zal nog aandacht worden besteed in paragraaf 6.2.

158 Barbara J. Shapiro (1991) p. 119; Gerhard Walter (1979) p. 77 e.v.

van goddelijke of andere autoriteiten, was de weg vrij voor vrije bewijswaardering.<sup>159</sup> Vrije bewijswaardering is daarmee gefundeerd op vertrouwen in de mogelijkheid kennis te kunnen verkrijgen, op ‘*epistemic confidence*’.<sup>160</sup> Lévy noemt dit het humanistische aspect van de vrije bewijswaardering (of *l’intime conviction*).<sup>161</sup>

“*C’est le homme qui est jugé; c’est lui tout entier qui importe et qui doit en dernière analyse inspirer la décision.*”<sup>162</sup>

Tegen deze achtergrond is het maar de vraag of gesteld kan worden dat in formalistische bewijsstelsels, met een gebonden bewijswaardering, waarheid van minder belang is geweest. Ook bij een gebonden bewijswaardering was het doel van de bewijsslevering: het achterhalen van de waarheid, het vaststellen van de werkelijke gang van zaken.<sup>163</sup> Er bestonden alleen andere inzichten over *hoe* kennis kan worden verkregen en *wanneer* een feit voor waar kan worden gehouden. Met andere woorden: er kunnen vraagtekens worden geplaatst bij het verband tussen een formalistisch bewijsrecht en een formeel waarheidsbegrip, wanneer met dat laatste wordt gedoeld op een soort ‘tweederangs waarheid’.

Het hiervoor genoemde vereiste voor een vrije bewijsleer, de aanwezigheid van vertrouwen in het oordeelsvermogen van de mens, geldt meer specifiek ook voor het oordeelsvermogen van de rechter. Voor een vrije bewijsleer, waarin de bewijswaardering volledig in handen van een rechter wordt gelegd, is vereist dat er in de samenleving vertrouwen bestaat dat de rechter die vrijheid ook op juiste wijze zal aanwenden. Wanneer dat vertrouwen er niet is en er vrees is voor rechterlijke willekeur, is het beter zo weinig mogelijk over te laten aan de persoonlijke overtuiging van de rechter.<sup>164</sup> Storme stelt om deze reden dat de gebonden bewijswaardering in historisch perspectief vooral moet worden gezien als een middel om misbruik van de rechterlijke vrijheid tegen te gaan. Een gebonden bewijswaardering fungeerde als waarborg voor de onpartijdigheid en de neutraliteit van de rechter, als tegenwicht tegen een te grote zeggenschap van de rechter.<sup>165</sup> Het

159 L. Jonathan Cohen (1983) p. 10 e.v.; Mauro Cappelletti (1971) p. 881 e.v.; R.C. van Caenegem (1971) p. 87 en p. 109.

160 L. Jonathan Cohen (1983) p. 10; Alex Stein (1996) p. 282

161 Op ‘*l’intime conviction*’ zal nader worden ingegaan in paragraaf 6.3.

162 Jean-Philippe Lévy (1965) p. 34.

163 H. Nagel (1967) p. 154.

164 M. Storme (1962) p. 261.

165 Asser/Anema & Verdam (1953) p. 6 e.v.; K. Wiersma (1966) p. 468; Gerhard Walter (1979) p. 84. Vergelijk voorts Land-Eggens (1933) p. 35; Jean-Philippe Lévy (1965) p. 33.

gaat dan veeleer om de taakafbakening tussen rechter en wetgever, dan om het genoeg nemen met meer of minder zekerheid.<sup>166</sup>

Ten slotte valt nog te wijzen op het belang van rechtszekerheid, als argument voor een gebonden bewijsleer, net zoals dat thans nog wordt gehanteerd om de dwingende bewijskracht van akten te verdedigen. Ook hier gaat het er niet primair om dat waarheidsvinding niet of van minder van belang zou zijn.<sup>167</sup>

De conclusie is derhalve dat er de nodige vraagtekens zijn te plaatsen – en ook in het verleden vaak geplaatst zijn – bij het begrip formele waarheid, vooral wanneer dit wordt begrepen als een mindere waarheid dan de echte, materiële waarheid. In ieder geval is er weinig reden hieraan vast te houden in relatie tot een formalistisch bewijsrecht. Niet alleen omdat daarvan in het civiele procesrecht allang geen sprake meer is, nu het een vrije bewijsleer kent. Ook los daarvan lijkt het in historisch perspectief te gemakkelijk om een formalistisch bewijsrecht zonder meer te verbinden met het idee dat waarheid niet ter zake zou doen en genoeg werd genomen met ‘slechts’ een formeel waarheidsbegrip. De ontwikkeling die zich in het bewijsrecht heeft voltrokken, is niet zozeer dat vroeger waarheid niet van belang werd geacht en nu wel, maar dat in de wijze waarop waarheidsvinding gerealiseerd werd, sprake is geweest van rationalisatie van het bewijsrecht en een toegenomen vertrouwen in de onpartijdigheid van de rechter.<sup>168</sup> Het is dan ook tijd om definitief afscheid te nemen van de gedachte dat in het civiele procesrecht het vinden van materiële waarheid niet centraal zou staan.

## 2.8 Samenvatting

In dit hoofdstuk is eerst besproken dat er een verband is tussen waarheid en rechtvaardigheid. Om rechtvaardig te zijn moet een rechterlijke uitspraak recht doen aan de materiële rechtspositie van een partij. Dat vereist dat de uitspraak zoveel mogelijk berust op een correcte vaststelling van alle relevante feiten. Aan het belang van waarheid in de procedure kan inhoud worden gegeven met behulp van de begrippen oprechtheid (*sincerity*) en correctheid (*accuracy*). Oprechtheid en correctheid zijn volgens de filosoof Bernard Williams de fundamentele basisdeugden van waarheid (*paragraaf 2.2*).

<sup>166</sup> In deze zin met name Aly A. Rached (1942) p. 20 e.v. en p. 72 e.v. Vergelijk H. Nagel (1967) p. 147, die constateert dat de vrije bewijsleer zoals die in het klassieke Romeinse recht gold – waarin een deel van de rechtspraak in handen lag van lekenrechters (de *iudex privatus*) –, ten onder ging met de opkomst van het rechterlijk ambt als onderdeel van een absolute monarchie. Zie ook Asser/Anema & Verdam (1953) p. 3.

<sup>167</sup> Zie onder meer A.A. de Pinto (1879) p. 38 e.v.; K. Wiersma (1966) p. 468.

<sup>168</sup> Vergelijk Susanne Lepsius (2003-I) p. 20. Of, in aansluiting op Bernard Williams (2002): niet het concept van waarheid is veranderd – dit is volgens hem onveranderlijk – maar de ideeën over correctheid, en dan met name over het op correcte wijze spreken over het verleden, hebben zich ontwikkeld.

Een correcte feitenvaststelling is niet alleen in het belang van de individuele rechtzoekende, maar heeft ook een maatschappelijk belang. Dat de rechter uitspraak doet op basis van een feitencomplex dat zoveel mogelijk is vastgesteld overeenkomstig de werkelijke gang van zaken, dient het maatschappelijk vertrouwen in rechtspraak. Partijen mogen en moeten erop kunnen vertrouwen dat de rechter ernaar zal streven de correcte feiten vast te stellen, en op basis daarvan een beslissing te nemen. Alleen dan kunnen de materiële rechtsregels tot hun recht komen.

Een correcte vaststelling van de feiten die ten grondslag liggen aan een rechterlijke beslissing, dient ook een maatschappelijk belang (*paragraaf 2.3*). Rechterlijke beslissingen hebben niet alleen te maken met de belangen van partijen, maar ook met maatschappelijke belangen. Het is een maatschappelijk belang dat mensen vertrouwen hebben in het functioneren van rechtspraak. Aan dat vertrouwen wordt bijgedragen wanneer de rechter de feiten op correcte wijze vaststelt. Bovendien maakt een correcte vaststelling van de feiten van het geval het mogelijk dat beslist wordt in overeenstemming met het doel van een rechtsregel: een partij krijgt ook werkelijk datgene dat de wetgever beoogd heeft die partij in de gegeven rechtspositie te geven. Ook dat is een maatschappelijk belang. Verder geldt dat rechterlijke uitspraken legitimeren tot de uitoefening van staatsmacht in de levenssfeer van partijen. Ook dit stelt eisen aan de inhoud van de rechterlijke beslissing, onder meer dat deze zoveel mogelijk berust op een correcte vaststelling van de feiten.

Aan een correcte vaststelling van de feiten in de rechterlijke beslissing is in het procesrecht veel gewicht toegekend. Dit blijkt uit tal van processuele bepalingen. Te noemen zijn de waarheidsplicht van partijen, de verschillende informatie- en mededelingsplichten van partijen, de actieve en onderzoekende rol die de rechter is toebedeeld bij het feitenonderzoek in de procedure, de getuigplicht van partijen, de vrije bewijsleer, de mondelinge behandeling en het beginsel van het recht op behandeling van de zaak in twee feitelijke instanties. Al deze regels of uitgangspunten bevorderen een correcte feitenvaststelling (*paragraaf 2.4*).

Niet alleen laat het procesrecht zien hoeveel waarde is toegekend aan een correcte vaststelling van de feiten. Daarnaast blijkt het een zelfstandig belang te zijn dat de procedure zodanig verloopt, dat waarheidsvinding daarin op behoorlijke wijze verloopt. Dat houdt met name in dat partijen de mogelijkheid wordt geboden te participeren in de waarheidsvinding (*paragraaf 2.5*). Concreet betekent dit dat partijen recht hebben op bewijslevering en recht hebben op hoor en wederhoor; aspecten van het uit art. 6 EVRM voortvloeiende recht op ‘*adversarial proceedings*’. Ook het beginsel van ‘*equality of arms*’ heeft consequenties voor de positie van partijen in het proces van waarheidsvinding.

De gevolgtrekking is dan ook dat waarheidsvinding zo belangrijk is, dat waarheidsvinding als een *beginsel* van het civiele procesrecht kan worden aangemerkt (*paragraaf 2.6*). Hierbij gaat het aan de ene kant om het inhoudelijke of materiële aspect van waarheidsvinding, dat is het belang dat de rechter zoveel mogelijk de feiten vaststelt in overeenstemming met de werkelijke gang van zaken. Aan de

andere kant telt ook het belang van het proces van waarheidsvinding: het is een waarde op zich zelf dat het proces van waarheidsvinding zorgvuldig verloopt.

Door waarheidsvinding als een beginsel te kwalificeren, wordt uitgedrukt dat waarheidsvinding een belangrijke karakteristiek van het geldende procesrecht is. Daarnaast wordt duidelijk dat waarheidsvinding een kernwaarde in het procesrecht is, waarmee het een handvat biedt bij de uitleg en interpretatie van rechtsregels. Bovendien wordt een norm gesteld: waarheidsvinding *behoort* een centrale plaats in te nemen in het recht.

Dat het de taak van de rechter is om zoveel mogelijk de correcte feiten vast te stellen, betekent dat, anders dan wel werd aangenomen, van formele waarheid in het civiele recht geen sprake is. Ook de civiele rechter streeft naar materiële waarheid en dient de feiten zoveel mogelijk overeenkomstig de werkelijke gang van zaken vast te stellen (*paragraaf 2.7*).

Met de benoeming van waarheidsvinding als beginsel van het civiele procesrecht is een belangrijk uitgangspunt voor de volgende hoofdstukken gegeven. Dit uitgangspunt biedt een basis waarop steeds kan worden teruggevallen: waarheidsvinding is een centrale waarde in de civiele procedure en behoort dat ook te zijn.

### 3      **Waarheidsvinding en de afhankelijkheid van partijen**

*“(...) whatever is meant by a fact and whatever system of procedure is envisaged, fact-finding is the business of the judge (...) It is not the business of the parties. It is for the parties to allege facts and to prove facts (...)”*<sup>1</sup>

#### 3.1      **Inleiding**

De rechter is bij de waarheidsvinding in verschillende opzichten afhankelijk van partijen. Het zijn partijen die hun zaak aan de rechter presenteren en die daarbij bepalen welke vordering zij instellen of welke verweren zij voeren. Partijen zetten uiteen wat volgens hen de relevante feiten zijn en geven in hun woorden – of in die van hun gemachtigde – een omschrijving van die feiten. En het zijn partijen die de zeggenschap hebben over de beschikbaarheid of zelfs over de inhoud van de bewijsmiddelen.

Betekent dit niet dat het ook partijen zijn die uiteindelijk bepalen wat waarheid is, of, zo kan dan misschien beter gezegd worden, wat voor waarheid moet doorgaan? Als het erop aan komt, is de rechter immers afhankelijk van wat partijen als waarheid in de procedure naar voren brengen. Waarheid in de procedure is dan slechts de waarheid van partijen, die weinig te maken hoeft te hebben met de werkelijke gang van zaken.

Volgens sommigen is dit een logisch gevolg van de partijautonomie, die nog steeds als leidend beginsel in het civiele procesrecht zou moeten worden aangemerkt. Zie bijvoorbeeld Van Schaick:

*“Goedbeschouwd lapt het burgerlijk procesrecht de waarheid veelal aan zijn laars. Dat is ook inherent aan een systeem dat de partijautonomie tot uitgangspunt neemt.”*<sup>2</sup>

1    J.A. Jolowicz (2000) p. 211.

2    A.C. van Schaick (2009) p. 29.

Partijautonomie zou er dus noodzakelijkerwijs toe leiden dat waarheidsvinding maar een beperkte rol heeft in de procedure; in de kern zijn het partijen die bepalen wat waar is omdat zij autonoom zijn bij de wijze waarop zij het proces voeren.

In dit hoofdstuk zal worden nagegaan of deze stelling juist is. Indien dat het geval is, zou sprake zijn van een zwakke schakel in de rechterlijke waarheidsvinding: waarheidsvinding kan dan immers het onderspit delven ten gunste van de partijautonomie. Om na te gaan of sprake is van zo'n zwakke schakel, is eerst en meer fundamenteel aan de orde wat partijautonomie in het civiele procesrecht nu eigenlijk inhoudt of zou moeten inhouden.

Hierbij is voorop te stellen dat het bij partijautonomie in het civiele procesrecht gaat om *processuele* partijautonomie, dat met een heel algemene definitie kan worden omschreven als het recht van een partij om zelf te beslissen over zijn processuele positie. Processuele partijautonomie is te onderscheiden van *materiële* procespartijautonomie, dat is de bevoegdheid van partijen, van rechtssubjecten, om naar eigen inzicht over hun rechten te beschikken.<sup>3</sup> Materiële partijautonomie moet gesitueerd worden in het materiële civiele recht, primair in het overeenkomstenrecht,<sup>4</sup> vanwaar het zich ook naar andere delen van het recht uitstrekt.<sup>5</sup> Een uitvoerige behandeling van de ontwikkeling van het beginsel van partijautonomie in het materiële recht valt buiten het bestek van dit boek. Te volstaan is met de constatering dat het beginsel in de loop van de twintigste eeuw zowel in wet als jurisprudentie in veel opzichten is gerelativeerd en dat het als leidend beginsel in het contractenrecht in ieder geval moet worden aangevuld met het *beginsel van maatschappelijke rechtvaardigheid* en het *beginsel van maatschappelijke aanvaardbaarheid*,<sup>6</sup> of, meer specifiek, met het beginsel van bescherming van de zwakke of onwetende partij of met de bescherming van het maatschappelijk belang.<sup>7</sup> Dit is concreet tot uitdrukking gekomen door begrippen als redelijkheid en billijkheid en openbare orde een ruimere invulling te geven,<sup>8</sup> alsmede door tal van in het materiële recht verankerde informatieplichten.<sup>9</sup> Deze ontwikkeling kan niet los worden gezien van het inzicht dat de aan het beginsel van partijautonomie ten

3 Traditioneel worden processuele en materiële partijautonomie vaak in één adem genoemd, zie bijvoorbeeld J.P. Suyling (1929) p. 258.

4 Zie onder meer Asser/Hartkamp & Sieburgh (2010) p. 35-50; M.E.M.G. Peletier (1999); J.H. Nieuwenhuis (1979) p. 63 e.v. Hiermee is overigens niet gezegd dat partijautonomie en contractsvrijheid hetzelfde zijn: contractsvrijheid veronderstelt partijautonomie, zie J.B.M. Vranken (2000) p. 146 e.v.

5 J.B.M. Vranken (2000) p. 147, noemt in dit verband de vrijheid om eigendom te verwerven en daarover te beschikken, de vrijheid om volmachten te verlenen, de vrijheid om rechtspersonen op te richten, de vrijheid om het vermogen te laten vererven en de vrijheid om persoonlijke relaties aan te gaan.

6 Asser/Hartkamp & Sieburgh (2010) p. 42. Vergelijk ook A.M. Hol (2010) p. 412-413; Van Boom, Tuil en Dijkshoorn (2008); C.J.H. Jansen (2003); J.B.M. Vranken (1999) p. 79-81.

7 Zie bijvoorbeeld E.H. Hondius (1999).

8 Asser/Hartkamp & Sieburgh (2010) p. 42.

9 Zie onder meer J.B.M. Vranken (1989); E. van den Akker (1999) en R.R.R. Hardy (2004).

grondslag liggende uitgangspunten van vrijheid en gelijkheid in de maatschappelijke realiteit vaak een fictie zijn.<sup>10</sup>

Processuele partijautonomie heeft primair betrekking op de verhouding of taakverdeling tussen partijen en rechter,<sup>11</sup> net zoals materiële partijautonomie primair ziet op de verhouding tussen rechtssubjecten en de staat – dat wil zeggen op de afwezigheid van overheidsbemoeienis met de inhoud van privaatrechtelijk handelen van het individu.<sup>12</sup> Dit brengt mee dat processuele partijautonomie een begrippenpaar vormt met het traditionele concept van lijdelijkheid van de rechter: de rol van partijen is autonoom *ten opzichte van* de lijdelijke positie van de rechter.<sup>13</sup>

Inmiddels staat nauwelijks meer ter discussie dat de typering van de civiele rechter als lijdelijk, zoals die ruim honderd jaar geleden door Van Boneval Faure werd geïntroduceerd,<sup>14</sup> geheel achterhaald is, zo zij al ooit juist was.<sup>15</sup> De civiele rechter is juist een actieve rechter, die in verschillende opzichten een eigen verantwoordelijkheid heeft en zich daarbij niet kan en mag laten leiden door partijen. Zoals Chorus zegt:

- 10 Het is in het (civiele) recht een algemeen aanvaard inzicht dat er tussen procespartijen aanzienlijke verschillen kunnen zijn in 'hoedanigheid' (vergelijk R.P.J.L. Tjittes (1994)), in machtspositie, in financiële mogelijkheden, in (beschikbaarheid over) kennis. In de rechtspraak van de Hoge Raad én in het Europese recht wordt hiermee op tal van gebieden rekening gehouden. Zie onder meer J.G.J. Rinkes (2010); M.W. de Hoon (2008).
- 11 En als uitvloeisel hiervan ook op de verhouding tussen (proces)partijen.
- 12 Vergelijk Asser-Hartkamp (2005) p. 44 en J.B.M. Vranken (2000) p. 147.
- 13 Al ligt het minder voor de hand om deze begrippen gelijk te stellen, zoals vermeld in Snijders-Klaassen-Meijer (2007).
- 14 R. van Boneval Faure I (1893) p. 110-116. Overigens is zijn zienswijze op de lijdelijkheid van de rechter bepaald genuanceerder dan vaak gedacht, getuige zijn interventie bij de jaarvergadering van de Nederlandsche Juristen Vereniging in 1891, waar hij pleit voor de rechterlijke bevoegdheid om ambtshalve bewijsmiddelen te bevelen en inlichtingen in te winnen bij partijen.
- 15 Zie met name J.M.J. Chorus (1987), met ook vele verwijzingen naar oudere literatuur; J.E. Bosch-Boesjes (1991); Asser-Vranken-Groen, Tzankova (2003) p. 65. Zie voorts W.D.H. Asser (2010) met rechtsvergelijkende gegevens; Stein/Rueb (2009) p. 35 e.v.; Snijders-Klaassen-Meijer (2007) p. 46; C.E. Smith (2004) p. 16-17; H.C.F. Schoordijk (2004) p. 167; A. Hammerstein (2003) p. 60; W.D.H. Asser (2003-II) p. 35; C.J.J.C. van Nispen (1993) p. 19; Star Busmann-Rutten-Ariëns (1972) p. 219; Hugenholtz/Heemskerk (2009) p. 11; E.M. Wesseling-Van Gent (1986) p. 121-122; K. Wiersma (1966) p. 467; H. Drion (1966) p. 412; J. Eggens (1951) p. 31. Maar ook reeds J.P.A.N. Caroli (1907) p. 18 e.v. en p. 41 e.v., bekritiseert het beeld van de lijdelijke civiele rechter, dat hij als een symptoom van '*matheid in de rechtsbedeeling*' omschrijft; idem C.A.J. Hartzfeld (1907) p. 149. M.L. Kan (1921) p. 31, noemt de '*vermaarde lijdelijkheid van de rechter*', een '*deus ex machina, welke ter ongelegener tijd ingrijpt om een redelijken procesgang te verhinderen*'. Zie over de lijdelijkheid van de rechter ook de NJV-preadviezen van W.J. Karsten (1891) en M.J. Pijnappel (1891). G. de Groot (2009) p. 41, stelt dat het begrip lijdelijkheid nog in discussie is. In het licht van alle genoemde literatuur is niet goed te begrijpen dat in Tekst & Commentaar Burgerlijke Rechtsvordering, het kopje boven art. 24 Rv luidt 'Lijdelijkheid van de rechter'.



*“Lijdelijkheid als algemeen beginsel zet de toon voor de taakopvatting van de rechter helemaal verkeerd.”*<sup>16</sup>

Algemeen wordt dan ook aangenomen dat de civiele rechter eerder als *bedrijvig* dan als *lijdelijk* moet worden getypeerd.<sup>17</sup> Deze typering stemt overeen met die in West-Europese (en andere) rechtsstelsels, waar eveneens sprake is van een algemene tendens van toegenomen activiteit van de civiele rechter, die daardoor niet langer als passief of lijdelijk is te omschrijven.<sup>18</sup> Ook in de ALI/Unidroit-Principles wordt uitgegaan van ‘*Court Responsibility*’ en ‘*Case management*’, als kenschets van de rechterlijke taak.<sup>19</sup>

Het zou te verwachten zijn dat gelijktijdig met het definitieve afscheid van het beeld van de lijdelijke civiele rechter ook een herijking van de partijautonomie zou hebben plaatsgevonden. Maar opvallend genoeg is dat laatste maar in beperkte mate gebeurd. Weliswaar wordt door sommigen betoogd dat partijautonomie in het civiele proces haar langste tijd heeft gehad en thans niet meer als een kenmerk van het civiele proces kan worden beschouwd.<sup>20</sup> Anderen houden echter vast aan partijautonomie als beginsel van het civiele procesrecht.<sup>21</sup> Hoe springlevend de partijautonomie nog is, bleek vooral uit de hausse van kritiek die volgde op het voorstel van de Commissie fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht om de rechter de bevoegdheid te geven feiten aan te vullen.<sup>22</sup> Het centrale argument in de kritiek was dat het aanvullen van feiten door de rechter een onaanvaardbare inbreuk zou maken op het beginsel van de partijautonomie.<sup>23</sup>

Dat het gelijktijdig onderschrijven van een actieve rol van de rechter én het uitgangspunt van partijautonomie tot een spanningsveld leidt, is wel duidelijk. Een

16 J.M.J. Chorus (1987) p. 2. Vergelijk ook H.C.F. Schoordijk (2004).

17 Zie reeds W.L. Haardt (1970) p. 141-143; Van Rossem-Cleveringa (1972) deel I, p. 252.

18 Zie onder meer R. Verkijk (2009); H.F.E. Montrée (2005); de verschillende bijdragen in C.H. van Rhee (2005); Burkhard Hess (2000) p. 52; J.A. Jolowicz (2000) p. 87; Mauro Cappelletti (1989) p. 253; Mauro Cappelletti (1971) p. 879 e.v.; B. Connen (1978). Vergelijk ook Benoît Allemeersch (2007) p. 590 e.v., die verwijst naar aanbeveling R (84) 5 van de Raad van Europa uit 1984, waarin een actieve opstelling van de civiele rechter tot beginsel van procesrecht is verheven.

19 ALI/Unidroit-Principles of Transnational Civil Procedure (2004), met name de Principles 14 (‘*Court Responsibility for Direction of the Proceeding*’) en 22 (‘*Responsibility for Determinations of Fact and Law*’). Vergelijk ook H.B. Krans (2009) p. 60.

20 Zie met name Asser-Groen-Vranken, Tzankova (2003) p. 79; en Asser-Groen-Vranken, Tzankova (2006) p. 49-51. Idem H.C.F. Schoordijk (2004); (min of meer) A. Hammerstein (2003) p. 60 en E.M. Wesseling-Van Gent (2003).

21 Zie bijvoorbeeld A.C. van Schaick (2009); Snijders-Klaassen-Meijer (2007) p. 47; C.E. Smith (2004) p. 14-15; Hugenholtz/Heemskerk (2009) p. 10-11.

22 Asser-Vranken-Groen, Tzankova (2003) p. 79-84; Asser-Vranken-Groen, Tzankova (2006) p. 50 en p. 59.

23 Zie onder meer het rapport van de Adviescommissie voor het burgerlijk procesrecht (2003); A.W. Jongbloed, A.L.M. Ernes e.a. (2007) p. 14-15; P. Ingelse (2004); H.J. Snijders (2004); R.A.A. Duk (2003); Adviescommissie burgerlijk procesrecht Nederlandse Orde van Advocaten (2004); R.J.Q. Klomp (2004); H.J. Snijders (2003).

actieve rol van de rechter impliceert immers dat partijen processuele vrijheid moeten inleveren ten gunste van de rechter, terwijl zij anderzijds ook processuele vrijheid behouden. Dit vraagt om een nadere begrenzing van partijautonomie.

Eveneens op gespannen voet met het beginsel van partijautonomie staat de in art. 21 Rv opgenomen waarheidsplicht van partijen en de in het verlengde daarvan liggende informatieverplichtingen van partijen.<sup>24</sup> Aan de ene kant zou een partij immers processuele vrijheid hebben, terwijl aan de andere kant de waarheids- en informatieplicht die vrijheid juist beperken. Dit vraagt op zijn minst om een nadere begrenzing van partijautonomie.

Een belangrijke vraag van dit hoofdstuk is dan ook wat in het licht van het geldende recht, dus gegeven de actieve rol van de rechter en de op partijen rustende waarheidsplicht, nog de betekenis van partijautonomie kan en zou moeten zijn.

Het is hierbij weinig zinvol om in algemene zin over partijautonomie te spreken, daar het begrip niet één vastomlijnde betekenis heeft.<sup>25</sup> In plaats daarvan zullen verschillende aspecten van het begrip de revue passeren, zoals de vrijheid om te procederen en te bepalen waarover geprocedeerd wordt (paragraaf 3.2), de vrijheid zijn wederpartij te kiezen (paragraaf 3.3), de vrijheid om al dan niet stellingen te betwisten (paragraaf 3.4), de vrijheid om te bepalen welke feiten naar voren worden gebracht (paragraaf 3.7) en de vrijheid om te bepalen welke grondslag aan vordering of verweer wordt gegeven (paragraaf 3.8).

Het probleem van partijautonomie kan niet los worden gezien van het onvermijdelijke gegeven dat de rechter bij de feitenvaststelling *primair* afhankelijk is van wat partijen in de procedure over die feiten aandragen. De rechter stelt de feiten vast aan de hand van de stellingen van partijen; die feiten zijn altijd het startpunt voor de rechterlijke waarheidsvinding. De rechter is geen detective, die zomaar zelf ‘in de wereld’ rondkijkt en feiten vaststelt; de rechter wordt rondgeleid door partijen. En ook wanneer de rechter op basis van de gestelde feiten een nader onderzoek instelt naar de feiten, verloopt die waarheidsvinding altijd *via* partijen.<sup>26</sup>

Met het oog hierop zal ook in meer algemene zin worden nagegaan wat deze afhankelijkheid van partijen bij het vaststellen van feiten betekent voor de rechterlijke waarheidsvinding (paragraaf 3.5 en paragraaf 3.6).

24 Zie daarover onder meer P.J. van der Korst (2006) en P.J.M. von Schmidt auf Altstadt (2002).

25 Zie over de verschillende aspecten van partijautonomie R.W.J. Crommelin (2007) p. 26 e.v.; Snijders-Klaassen-Meijer (2007) p. 46 e.v.; Stein/Rueb (2009) p. 36 e.v.

26 R.C. Hartendorp (2008) p. 112, stelt om deze reden dat de rechter slechts *indirect* toegang heeft tot de feiten. Maar dit suggereert een meer bijzonder karakter van de rechterlijke waarheidsvinding dan in werkelijkheid het geval is. Vergelijk nader hoofdstuk 5.

### 3.2 Partijautonomie als de vrijheid om te procederen en te bepalen waarover

Het lijkt geen twijfel dat een partij zelf kan bepalen of zij een procedure aanhangig wil maken. Evenzo is het aan de eisende partij om te beslissen tegen welke partij zij gaat procederen. Vervolgens is het de gedaagde partij die bepaalt of zij verweer voert.

De vrijheid van de gedaagde partij is echter beperkt; wanneer zij geen verweer voert, zal de vordering van eiser in beginsel worden toegewezen. De hier omschreven vorm van processuele partijautonomie manifesteert zich dan ook uitsluitend aan de zijde van de eisende partij.<sup>27</sup> Overigens zijn er ook voor wat betreft eiser nog wel vraagtekens te plaatsen bij het idee van vrijheid om te procederen. Zo wijst Solum erop dat deze vrijheid toch bepaald niet te vergelijken is met de vrijheid om al of niet aan een spel deel te nemen, in de situatie dat een partij zich aangetast ziet in haar juridische positie.<sup>28</sup>

*Gezamenlijke* processuele partijautonomie komt pas in beeld wanneer partijen tezamen aangeven niet langer een rechterlijk oordeel te wensen en de procedure te willen beëindigen, bijvoorbeeld omdat zij de zaak hebben geschikt. De rechter is daaraan gebonden: wanneer partijen geen geschil aan de rechter willen voorleggen, is er voor de rechter geen bevoegdheid meer om te beslissen. Partijen kunnen ook beslissen dat zij slechts een deel van hun geschil aan de rechter willen voorleggen en zo de omvang van de rechtsstrijd beperken.<sup>29</sup> Evenzo is het aan partijen om te beslissen of zij hoger beroep<sup>30</sup> of cassatieberoep instellen.<sup>31</sup> En alleen partijen kunnen verval van instantie vorderen (art. 251 Rv).

Dit is in feite het meest wezenlijke aspect van processuele partijautonomie: partijen hebben de vrijheid om te procederen. Deze vrijheid om te procederen – ook wel aangeduid met het begrip ‘Dispositionsmaxime’ –<sup>32</sup> vloeit voort uit de materiële partijautonomie: wie zelf kan beschikken over zijn rechten, is ook vrij te beslissen of hij deze rechten in een rechterlijke procedure geldend wil maken.

27 Zie over dit probleem ook Willem Grosheide (2005). Grosheide stelt voor om naar Engels voorbeeld een wettelijke voorziening in te voeren, waarbij de gedaagde die meent geheel ten onrechte in rechte te worden betrokken, de rechter preliminair kan laten toetsen of zijn wederpartij de bevoegdheid heeft om tegen hem te procederen.

28 Lawrence B. Solum (2005) p. 260-262.

29 Hiernaast hebben partijen sinds 1 juni 2010 de mogelijkheid om in letsel- en overlijdensschadezaken de rechter te verzoeken om met het oog op de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst, een deel van het geschil dat hen verdeeld houdt, te beslechten. Zie over de nieuwe deelgeschilprocedure onder meer W. van der Velde (2010) en M. Wesselink (2010).

30 Vergelijk over de uit de partijautonomie voortvloeiende vrijheid om hoger beroep in te stellen, Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent (2009) p. 97.

31 Met uitzondering van de mogelijkheid van de bevoegdheid van de procureur-generaal bij de Hoge Raad om cassatie in het belang der wet in te stellen (art. 78 Wet RO).

32 Het begrippenpaar Dispositionsmaxime en Inquisitionsmaxime is geïntroduceerd door N.T. Gönner (1801) in zijn *Handbuch des Deutschen gemeinen Prozesses*.

In het verlengde van de vrijheid om te procederen heeft de eisende partij ook de vrijheid om te beslissen *waarover* zij procedeert en welke vorderingen zij daarbij instelt. In aanvulling hierop heeft de gedaagde partij de vrijheid te bepalen of zij een tegenvordering instelt en daarmee het onderwerp van de procedure uitbreidt. De rechter is gebonden aan de keuzes die partijen maken en zal niet ambtshalve andere onderwerpen van geschil mogen toevoegen. De keerzijde hiervan is dat de rechter ook *moet* beslissen op alles wat partijen hebben gevorderd (art. 23 Rv).

Beide aspecten van het beginsel van processuele autonomie, de vrijheid om te procederen en de vrijheid te bepalen waarover geprocedeerd wordt, zijn nauwelijks omstreden. Zij zijn te zien als een uitvloeisel van het oude adagium ‘geen klager geen recht’ en gelden in alle West-Europese rechtsstelsels.<sup>33</sup> Principle 10 van de ALI/Unidroit-Principles bevat een vergelijkbare omschrijving van deze aspecten van processuele partijautonomie:

*Party Initiative and Scope of the Proceeding*

*10.1 The proceeding should be initiated through the claim or claims of the plaintiff, not by the court action on its own motion.*

*10.2 (...)*

*10.3 The scope of the proceeding is determined by the claims and defenses of the parties in the pleadings, including amendments. (...)*

*10.4 (...)*

*10.5 The parties should have a right to voluntary termination or modification of the proceeding or any part of it, by withdrawal, admission, or settlement. (...)*<sup>34</sup>

Deze vorm van procesautonomie is niet uniek voor het civiele procesrecht. Ook in het bestuursrecht is het appellant die beslist of hij beroep instelt tegen een bepaald besluit en tegen welke onderdelen hiervan hij het beroep richt. En het bestuursorgaan kan beslissen zich neer te leggen bij een beroep en het bestreden besluit in te trekken of te wijzigen. In beide gevallen is de rechter aan die keuzes gebonden. Verder is het in het strafrecht de bevoegdheid van het openbaar ministerie<sup>35</sup> om te bepalen of een verdachte, en zo ja, voor welk strafbaar feit, voor de rechter wordt gebracht.<sup>36</sup> Zowel de bestuursrechter als de strafrechter zijn in dit opzicht, net als de civiele rechter, lijdelijk.

33 Benoît Allemeersch (2007) p. 67 e.v.; P. Oberhammer (2004) p. 89; Burkhard Hess (2000) p. 56; J.A. Jolowicz (2000) p. 20 e.v.; Mauro Cappelletti (1989) p. 32.

34 ALI/Unidroit Principles of Transnational Civil Procedure (2004) p. 29-30. Zie hierover ook R. Verkijk (2009) p. 70-71. Ook in het rapport-Storme wordt dit aspect van processuele partijautonomie erkend. Zie M. Storme (1994) p. 94.

35 Zij het binnen de grenzen van art. 12 Sv.

36 Voor het strafrecht is hier sprake van een overgang van een inquisitoire naar een accusatoire proces: waar aanvankelijk de rechter *ex officio* besliste over vervolging, is haar rol in dit opzicht thans lijdelijk. Zie over deze historische ontwikkeling J.H. Drenth (1939).

Het gevolg van de hierboven omschreven processuele autonomie voor de rechterlijke waarheidsvinding is dat deze zich hoe dan ook beperkt tot de feiten die op enige manier relevant zijn voor het door partijen – voornamelijk eiser – geformuleerde geschil en de daarover door de rechter te nemen beslissing. Feiten die in het geheel niet van belang zijn voor die beslissing, blijven buiten beeld. Het zijn dus partijen die de *buitengrenzen* van de waarheidsvinding bepalen.<sup>37</sup> Binnen die grenzen is overigens een belangrijke taak voor de rechter weggelegd; die zal aan de orde komen in paragraaf 3.7.

Toch is zelfs deze processuele partijautonomie niet altijd zo hard als zij lijkt.<sup>38</sup> Met name het uitgangspunt dat partijen bepalen waarover geprocedeerd wordt, geldt niet altijd onverkort. Zo is een bekende uitzondering op het beginsel dat de rechter niets mag toewijzen wat niet gevorderd is door partijen, dat de rechter wel eigener beweging proceskosten kan toekennen.<sup>39</sup> Het is de rechter ook toegestaan om een hogere dwangsom en hogere kinderalimentatie toe te wijzen dan is gevorderd.<sup>40</sup>

Meer algemeen valt te verdedigen dat de autonomie van partijen niet zo ver gaat, dat de rechter zich altijd zou moeten onthouden van bemoeienis met de door eiser ingestelde vordering. Een eerste stap naar rechterlijke bemoeienis is al gezet met de vaste rechtspraak dat de rechter een vordering zo moet begrijpen dat deze ook steeds ‘het mindere’ omvat.<sup>41</sup> De rechter is dus niet gebonden aan de letterlijke formulering van de vordering van eiser.

Een volgende stap zou kunnen zijn dat de rechter nagaat, en met partijen bespreekt, of een *ter zake dienende* vordering is ingesteld, dat wil zeggen een vordering die past bij het doel van de procedure, bij het geschil tussen partijen, en die zich ook leent voor executie. Een regel met deze strekking is te vinden in art. §139 ZPO, waaraan in paragraaf 3.8 nog nader aandacht zal worden besteed.<sup>42</sup> Een actieve rechterlijke attitude ten aanzien van de ingestelde vordering komt overigens in de huidige praktijk al regelmatig voor. De rechter vraagt dan, meestal ter comparatie na antwoord, opheldering over doel en strekking van de ingestelde vordering.<sup>43</sup>

37 Vergelijk HR 30 oktober 2001, NJ 2003, 201 (r.o. 4.3).

38 Idem het rapport-Storme, zie M. Storme (1994) p. 94.

39 HR 28 november 1986, NJ 1987, 380. Deze regel geldt ook in andere rechtsstelsels, onder meer in het Duitse recht.

40 Dat is omdat deze regels van openbare orde zijn. Zie respectievelijk BenGH 17 december 1992, NJ 1993, 545; HR 3 januari 1992, NJ 1992, 154.

41 HR 6 januari 1996, NJ 1996, 449.

42 De regel gaat niet zover dat de rechter zou moeten nagaan wat de meest geschikte vordering voor eiser is en daarmee als het ware de adviseur van eiser zou worden. Zie Baumbach/Lautermann/Albers/Hartmann (2009) p. 697.

43 Vergelijk ook de Richtlijnen-Dorhout Mees (1948) punt 11: ‘[De rechter] behoort zo nodig op wijziging van eis of verweer aan te dringen, wanneer hij bemerkt, dat het materiële geschil zulks noodzakelijk maakt.’

Verder hoeft de rechter zich ook niet altijd te laten leiden door de processuele grenzen die partijen trekken. Dit blijkt wanneer partijen hun geschillen over verschillende procedures verdeeld hebben en deze afzonderlijk aan de rechter (of aan verschillende rechters) voorleggen.<sup>44</sup> De rechter kan de zaken dan voegen of naar de andere rechter verwijzen (art. 222 Rv en 220 Rv), zodat bereikt wordt dat de zaken zoveel mogelijk tezamen worden beoordeeld.

De hier omschreven aspecten van processuele autonomie, dus de vrijheid die partijen hebben om te procederen, en de vrijheid van partijen om te bepalen waarover zij willen procederen, geven aan binnen welk kaders, binnen welke buitengrenzen, de waarheidsvinding plaatsvindt. Soms is in de literatuur te lezen dat de enkele afbakening van de buitengrenzen van de waarheidsvinding door partijen al meebrengt dat materiële waarheidsvinding in de procedure niet aan de orde is. Vanwege de gemaakte afbakening gaat het immers om een ‘beperkte’ waarheid, een klein stukje van de werkelijkheid.<sup>45</sup> Zo’n opvatting berust echter op een absoluut beeld van waarheid, waarover in paragraaf 1.7 al is opgemerkt dat het achterhaald is en ook niet nodig is om over waarheidsvinding te spreken. Geen enkel onderzoek naar feiten heeft betrekking op alle feiten, op een alomvattende waarheid, maar dit doet er in het geheel niet aan af dat het feitenonderzoek gericht is op waarheidsvinding.

Zo is het ook met de waarheidsvinding in de rechterlijke procedure. Deze vindt plaats binnen de door partijen gedefinieerde buitengrenzen van het geschil; het is de autonomie van partijen om in beginsel zelf die buitengrenzen te bepalen. De enige consequentie hiervan voor de waarheidsvinding is dat deze binnen die grenzen plaatsvindt en daarmee, zoals altijd, een *partieel* karakter heeft. De aard van de waarheidsvinding zelf verandert daardoor niet. Die bestaat eruit dat de rechter zoveel mogelijk de van belang zijnde feiten correct vaststelt; materiële waarheidsvinding dus.

Wat het partiële karakter van waarheidsvinding betekent voor partijen en de rechter, zal nader aan de orde komen in de paragrafen 3.5 en 3.6.

### 3.3 Partijautonomie en de vrijheid de wederpartij te kiezen

Uitgangspunt in de civiele procedure is dat het een partij vrij staat haar wederpartij te kiezen: de eisende partij bepaalt wie zij dagvaardt. Vervolgens is het de vrijheid van de gedaagde partij om zich bij deze keuze neer te leggen, of, met rechterlijke

44 Denk bijvoorbeeld aan de afwikkeling van een echtscheiding, waarin in verschillende procedures geprocedeerd wordt over alimentatie, boedelscheiding en gezag.

45 Zie bijvoorbeeld E.M. Wesseling-van Gent (2003) p. 19. “*Het is de taak van de rechter om die aanspraken [van partijen – RHdB] te beoordelen. Het is niet de taak van de rechter om de materiële waarheid aan het licht te brengen. De juistheid van de feiten dient uitsluitend onderzocht te worden (...) voor zover dat van belang is voor de beslechting van het geschil.*” Vergelijk ook W.D.H. Asser (1999) p. 1252, die stelt dat de grenzen van de rechtsstrijd meebrengen dat in zoverre sprake is van formele waarheid.

toestemming, een andere partij in vrijwaring te roepen en zo bij het geding te betrekken. Daarmee is het in grote lijnen de vrijheid van partijen om te bepalen wie partij is in de procedure. In beginsel is hier geen taak voor de rechter weggelegd; de rechter volgt de door partijen gemaakte keuze.

Een belangrijke consequentie hiervan voor de waarheidsvinding is dat het blikveld van de rechter in beginsel beperkt is tot feiten die betrekking hebben op de stellingen en verweren die de in de procedure betrokken partijen naar voren brengen. De rechterlijke waarheidsvinding is gericht op de feiten die van belang zijn voor het geschil tussen *deze* partijen. En het zijn *deze* partijen die de rechter moeten voeden met de van belang zijnde feiten. Om deze reden wordt de waarheid in de juridische procedure ook wel omschreven als een *relatieve waarheid*: de waarheid strekt zich niet verder uit dan de tot de in de procedure betrokken partijen.<sup>46</sup> Dat betekent dat wat in de ene procedure voor waar kan doorgaan, in de andere procedure – waar andere partijen procederen en dus wellicht andere feiten naar voren komen – mogelijk niet als waar geldt.<sup>47</sup>

De stelling dat het in de procedure gaat om een relatieve waarheid kan worden onderschreven, wanneer hiermee bedoeld wordt dat de feiten die in de procedure aan de orde zijn, betrekking hebben op het geschil zoals dat door partijen aan de rechter is voorgelegd. Zo beschouwd gaat het er dan om iets te zeggen over welke feiten wel of niet relevant zijn; het gaat niet om *alle* feiten, om een alomvattende waarheid, maar steeds slechts om die feiten die relevant zijn voor het geschil dat aan de rechter is voorgelegd. Dat geschil wordt omlijnd door de procederende partijen en daarmee zijn feiten die buiten dat geschil van *déze* partijen liggen, niet van belang.

Het begrip ‘relatieve waarheid’ is dan echter niet goed op zijn plaats. Met relatieve waarheid wordt doorgaans bedoeld dat waarheid subjectief is en afhankelijk is van degene die haar naar voren brengt (vergelijk hierover paragraaf 1.7). Daarmee heeft het begrip een diskwalificerend karakter, want het geeft aan dat wat waar is voor de één, evenzo goed onwaar kan zijn voor de ander, waardoor waarheidsvinding aan betekenis verliest. Maar dat de rechterlijke waarheidsvinding zich beperkt tot de feiten die van belang zijn voor het geschil van de procederende partijen, betekent op zich zelf niet dat die feiten daardoor subjectief zouden zijn of anderszins in mindere mate waar. In deze zin is dan ook géén sprake van een relatieve waarheid. Wel versterkt dit gegeven het partiële karakter van de waarheids-

46 Land-Eggen (1933) zesde deel, p. 12; G. Princen (1990) p. 50. Vergelijk ook A. Pitlo (1950) p. 71. Volgens G. Knigge (2005) p. 42 is in deze zin ook in het strafrecht sprake van een relatieve waarheid: een feit dat in de procedure jegens de ene verdachte bewezen is verklaard, geldt in een procedure jegens een andere verdachte, niet als bewezen of waar.

47 Het is verleidelijk hier een link te leggen met de beperkte dwingende bewijskracht van een akte, waarvan het dwingende karakter slechts geldt tussen partijen en niet ten aanzien van derden; zie bijvoorbeeld HR 5 december 2003, NJ 2004, 75. Daarmee zou het accent echter niet juist worden gelegd, omdat het daarbij vooral gaat om een regel die in het belang is van de rechtszekerheid van de betrokken partijen.

vinding in de procedure, waarover in de vorige paragraaf al werd gesproken. Ook hieruit volgt immers dat niet alle feiten onderwerp zijn van de rechterlijke waarheidsvinding, maar alleen feiten die van belang zijn voor het geschil tussen de procederende partijen. Maar zoals ook al gezegd is, het partiële karakter van waarheidsvinding in de rechterlijke procedure doet op zich zelf geenszins afbreuk aan het project van waarheidsvinding.

Toch zijn er situaties waarin de gerichtheid van de rechter op slechts die feiten die van belang zijn voor het geschil van de procederende partijen, wringt. Dat is in de eerste plaats het geval wanneer bij een geschil meerdere partijen betrokken zijn en tussen deze partijen in verschillende procedures wordt geprocedeerd.<sup>48</sup> Hier kan zich een serieus probleem voor de waarheidsvinding voordoen.<sup>49</sup> Te denken is bijvoorbeeld aan de situatie dat een partij A nakoming van een overeenkomst vordert, terwijl er onduidelijkheid bestaat over zijn wederpartij: is dat B of C? A dagvaardt aanvankelijk potentiële wederpartij B, maar dit levert niets op omdat B zich achter C verschuilt en stelt dat niet hij, maar C met A heeft gecontracteerd. Vervolgens dagvaardt A in een tweede procedure C, die zich op zijn beurt achter B verschuilt en stelt dat niet hij, maar B met A heeft gecontracteerd.

Het is in een dergelijke situatie uitermate lastig voor de rechter om de juiste feiten vast te stellen, vooral omdat binnen de procedurele kaders (achtereenvolgens A versus B en A versus C) de stellingen van B en C niet met elkaar kunnen worden geconfronteerd.<sup>50</sup> Inderdaad is dan sprake van een relatieve waarheid, want wat in de procedure tussen A en B komt vast te staan, kan in de procedure tussen A en C anders blijken te liggen. De rechter zou in dergelijke gevallen dan ook de mogelijkheid moeten hebben om ambtshalve een derde partij in het geding te roepen; B in de procedure tussen A en C of C in de procedure tussen A en B.

Het huidige recht voorziet al in de mogelijkheid voor een derde tot voeging of tussenkomst in een aanhangige procedure, indien de derde daarbij een belang heeft (art. 217 Rv). Daarmee is onderkend dat er goede redenen kunnen zijn voor een derde om in een procedure tussen andere partijen te worden betrokken, zoals het voorkomen van tegenstrijdige beslissingen of processuele doelmatigheid.<sup>51</sup> Partijautonomie speelt hierbij geen rol; de oorspronkelijke partijen hebben immers niet de bevoegdheid te bepalen of zij al dan niet instemmen met de voeging of

48 Een variant hierop is de situatie dat tussen *dezelfde partijen* in verschillende procedures over samenhangende zaken wordt geprocedeerd. In de vorige paragraaf is vermeld dat de rechter dan de mogelijkheid heeft voor verwijzing of voeging.

49 Zie voor een schrijnend voorbeeld de oratie van A.C. van Schaick (2009) p. 41-42 (HR 22 november 1996, NJ 1997, 718). Vergelijk ook J.B.M. Vranken (1995) p. 151, die verwijst naar de Maassluis-arresten, HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 286, 287, 288.

50 A kan dit probleem voorkomen door B en C gelijktijdig te dagvaarden, maar de praktijk leert dat dit nog wel eens wordt verzuimd.

51 De voor voeging en tussenkomst geldende vereisten zijn in de loop der tijd steeds soepeler geworden, zie onder meer HR 14 maart 2003, NJ 2003, 313. Zie ook M.O.J. de Folter (2009) p. 131 e.v.



tussenkomst – de beslissing daarover is aan de rechter. Partijautonomie staat dus op zich zelf niet in de weg aan de inmenging van een derde partij in een lopende procedure.

Het probleem is echter dat de derde niet altijd op de hoogte is van de aanhangige procedure, terwijl het soms in het belang van de derde kan zijn om zich buiten de procedure te houden, zoals in het hiervoor gegeven voorbeeld. Het zou daarom nuttig zijn dat de rechter, die bij uitstek in de positie is om te signaleren dat er een derde partij is wier belangen mede in het geding zijn of zijn betrokken bij de belangen van een van beide procespartijen, *met het oog op het belang van waarheidsvinding* eigener beweging actie kan ondernemen en partijen kan opdragen de derde in het geding te roepen.<sup>52</sup> Daarmee is te voorkomen dat de waarheidsvinding gefrustreerd wordt, omdat in verschillende procedures tussen verschillende partijen over hetzelfde geschil wordt geprocedeerd.<sup>53</sup>

Deze bevoegdheid is in enkele materieelrechtelijke bepalingen ook nu al aan de rechter toegekend.<sup>54</sup> Bovendien bestaat zij ook in verzoekschriftenprocedures en in het bestuursrecht. Ook de ALI/Unidroit-Principles bevatten een dergelijke rechterlijke bevoegdheid in principle 12:

*“12.2 A person having an interest substantially connected with the subject matter of the proceeding may apply to intervene. The court itself, or on motion of a party, may require notice to a person having such an interest, inviting intervention. (...)”*<sup>55</sup>

Wel is vereist – dat spreekt wel vanzelf – dat de rechter eerst met partijen moet overleggen en dat de tussenkomst door een derde niet tot onredelijke vertraging van de procedure mag leiden.

Het voorgaande betekent dat partijen weliswaar zelf mogen uitmaken tegen wie zij procederen – als uitgangspunt een te rechtvaardigen aspect van procedurele

52 Dit voorstel is ook te vinden in de rapporten van Asser-Groen-Vranken, Tzankova (2003) p. 83-84 en (2006) p. 51-52 en p. 104. Het voorstel is niet met gejuich begroet, zie bijvoorbeeld H.L.G. Wieten (2004); H.J. Snijders (2003) en de reactie van de Adviescommissie voor het burgerlijk procesrecht (2003) p. 4. Ook M.O.J. de Folter (2001) bepleit een meer omvattende regeling van de gedwongen tussenkomst van derden, met daarbij, naar Italiaans model, meer bevoegdheden voor de rechter om eigener beweging derden in het geding te betrekken. Overigens stelt De Folter (2001) p. 25, dat binnen het bestaande wettelijke kader van art. 118 Rv (art. 12a Rv (oud)), waarin de oproeping van derden formeel is geregeld, de rechter reeds de bevoegdheid heeft om op eigen initiatief een derde in het geding te betrekken. Inderdaad sluit de genoemde bepaling dit niet uit, maar voor zover mij bekend vindt het ambtshalve in het geding betrekken van derden, zonder dat daarvoor een aanwijsbare materieelrechtelijke grondslag bestaat, thans niet of nauwelijks plaats. Zie ook M.O.J. de Folter (2009) p. 204-207.

53 Naast het hier genoemde argument van het zoveel mogelijk recht doen aan de materiële rechtsverhouding tussen partijen, zijn er meer argumenten voor gedwongen tussenkomst. Zie M.O.J. de Folter (2001) p. 9-30, met verwijzing naar andere bronnen.

54 Zie voor een uitvoerig overzicht M.O.J. de Folter (2001) en (2009).

55 ALI/Unidroit Principles of Transnational Civil Procedure (2004) p. 31.

partijautonomie –, maar dat deze vrijheid niet zover gaat dat zij derden die daarbij een belang hebben, kunnen weerhouden mee te procederen.<sup>56</sup> In lijn hiermee zou de rechter ambtshalve de bevoegdheid moeten krijgen om een derde in het geding te roepen wanneer daarbij een belang bestaat, hetzij bij de derde, hetzij bij een van beide procespartijen. Dat is niet alleen in het belang van de waarheidsvinding, maar voorkomt bovendien tegenstrijdige beslissingen of beslissingen die uitmonden in een patstelling.

Een tweede situatie waarin de gerichtheid van de rechter op alleen die feiten die voor het geschil van de procederende partijen van belang zijn, te beperkt is, doet zich voor wanneer het doel van de procedure verschuift van geschilbeslechting naar rechtsvorming of rechtseenheid. Dit geldt volgens sommigen voor de procedure in cassatie<sup>57</sup> en kan ook aan de orde zijn bij de nieuwe regeling voor het stellen van prejudiciële vragen.<sup>58</sup>

In dat geval kunnen namelijk ook feiten van belang zijn die *buiten* het door partijen gedefinieerde geschil liggen. Hierbij is met name te denken aan feiten die de context of achtergrond van het geschil bepalen of die verband houden met mogelijke gevolgen van bepaalde beslissingen. Vandaar dat juist voor dergelijke procedures gepleit wordt voor de mogelijkheid dat *derden* de rechter van informatie kunnen voorzien, bijvoorbeeld door een zogenoemde *amicus curiae*.<sup>59</sup> Vanuit dit gezichtspunt is voorgesteld om bij prejudiciële vragen ook derden de mogelijkheid te geven om hun standpunt over de voorliggende prejudiciële vraag kenbaar te maken aan de Hoge Raad.

56 Te wijzen is ook op de mogelijkheid van derdenverzet: een derde kan verzet instellen tegen een rechterlijke uitspraak, waarbij hij geen partij is geweest, wanneer het vonnis of het arrest zijn rechten benadeelt (art. 376 Rv).

57 Vergelijk hierover het rapport 'Versterking van de cassatierechtspraak', onder voorzitterschap van A. Hammerstein, TK 2007-2008, 29 279, nr 69.

58 Zie het wetsvoorstel Prejudiciële procedure bij de Hoge Raad in massaschadezaken (2010). Naar verwachting zal in de toekomst in alle zaken de mogelijkheid komen om prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad.

59 Hiervoor is gepleit door J.B.M. Vranken (2009) en (2000-I) en H.C.F. Schoordijk (2007). Vranken (2009) p. 1088, geeft aan, onder verwijzing naar Amerikaanse literatuur, welke feitelijke informatie van belang door een *amicus curiae* zou kunnen worden verstrekt: *adjudicative facts*, *legislative facts* en *social framework*. Vergelijk ook Veegens-Korthals Altes-Groen (2005) p. 391. Sinds enige tijd bevat art. 44a Rv de mogelijkheid voor de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit en de Commissie van de Europese Gemeenschappen zich als *amicus curiae* in een procedure te voegen. Ook Principle 13 van de ALI/Unidroit Principles kent de *amicus curiae*, die de rechter van achtergrondinformatie of juridische analyses kan voorzien. Zie ALI/Unidroit Principles of Transnational Civil Procedure (2004) p. 32-33. Inmiddels heeft de Hoge Raad, zonder wettelijke grondslag, één keer de inbreng van derden in een procedure geaccepteerd, zie HR 29 juni 2006, NJ 2006,177 m.nt. over de *amicus curiae* van H.J. Snijders.

### 3.4 Partijautonomie en niet betwiste stellingen

Het beginsel van processuele partijautonomie wordt ook in verband gebracht met de bewijsregel, dat de rechter feiten die door de ene partij zijn gesteld en door de andere partij niet of onvoldoende zijn betwist, als vaststaand moet aannemen (art. 149 lid 1 Rv).<sup>60</sup> Het zelfbeschikkingsrecht van partijen houdt in, zo zou uit deze regel kunnen worden afgeleid, dat een partij vrij is om door de andere partij gestelde feiten wel of niet te betwisten. Daarmee zou de bepaling in het verlengde liggen van de materiële autonomie van partijen om hun rechtsverhouding (bewijsrechtelijk) vast te leggen op de wijze waarop zij dit wensen. De rechter moet deze vrijheid respecteren en is daarom gebonden aan niet-betwiste stellingen. Deze moet de rechter als vaststaand aannemen, zodat daarvan geen bewijs mag worden verlangd.

Op het eerste gezicht heeft deze regel grote gevolgen voor de waarheidsvinding in de procedure.<sup>61</sup> De waarheidsvinding beperkt zich immers tot betwiste stellingen; niet-betwiste stellingen hebben als vaststaand en daarmee als waar te gelden. Daarmee lijkt het belang van waarheid in de procedure in belangrijke mate beperkt te worden. Waar is immers dat waarover *partijen* zeggen dat het waar is, los van de vraag of het in werkelijkheid waar is. De rechter heeft zich daarbij neer te leggen.<sup>62</sup> Dit gegeven is wel als een karakteristiek van waarheid in de civiele procedure beschouwd, die onder meer daarom, zo is besproken in paragraaf 2.7, als een formele waarheid werd getypeerd. Er is echter een aantal kanttekeningen te plaatsen bij het om deze reden diskwalificeren van waarheidsvinding in de civiele procedure.

In de eerste plaats geldt de regel dat de rechter niet betwiste feiten voor waar moet houden, niet onbeperkt. De wet zelf bepaalt al dat de regel niet geldt voor zaken *‘waarin aanvaarding van de stellingen zou leiden tot een rechtsgevolg dat niet ter vrije bepaling van partijen staat’*.<sup>63</sup> Volgens de wetsgeschiedenis heeft deze uitzonderingsclausule betrekking op kwesties als de persoonlijke staat van personen of familierechtelijke betrekkingen, waarin een niet-betwisting zou kunnen leiden tot niet door de wet gewenste gevolgen.<sup>64</sup> In de rechtspraak wordt aangenomen dat de uitzonderingsclausule alleen geldt wanneer de openbare orde in het geding is. Dit leidt tot een beperkt toepassingsbereik omdat, zoals hierna nog aan

60 In het verlengde van het niet of onvoldoende betwisten van de juistheid van stellingen van wederpartij, ligt de gerechtelijke erkenning (art. 154 Rv). De gerechtelijke erkenning houdt in dat een partij uitdrukkelijk de waarheid erkent van een of meer stellingen van de wederpartij.

61 Zie in deze zin met name A.C. van Schaick (2009) p. 29-30.

62 Vergelijk bijvoorbeeld P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt (2002) p. 10.

63 Hiermee wordt gedoeld op gevallen waarin een niet-betwisting zou leiden tot een door de wet niet-gewenst gevolg. Zie Parlementaire geschiedenis nieuw bewijsrecht (1988) p. 77.

64 Parlementaire geschiedenis nieuw bewijsrecht (1988) p. 77. Dezelfde formulering is ook te vinden in art. 153 Rv bij de omschrijving van gevallen waarin een bewijsovereenkomst buiten toepassing moet blijven.

de orde zal komen, ‘openbare orde’ in het procesrecht tot nu toe tamelijk restrictief wordt opgevat.

Een tweede kanttekening is dat het in de rechtspraak maar zelden voorkomt dat een partij *bewust* een door de wederpartij gesteld, maar onjuist, feit erkent.<sup>65</sup> Wanneer een onjuist feit niet betwist wordt, gaat het bijna altijd om een verzuim van een partij of van diens procesgemachtigde, om een door de wederpartij gesteld feit gemotiveerd te betwisten.<sup>66</sup> In dat geval blijkt in de loop van de procedure of in hoger beroep dat een partij alsnog een door de wederpartij gesteld feit wenst te betwisten. Het is echter niet aannemelijk – dit is ook nooit verdedigd in de wetsgeschiedenis of literatuur – dat de strekking van de bewijsregel van art. 149 lid 1 Rv is om een sanctie (of beloning) te stellen op slordig procederen.<sup>67</sup>

De regel bedoelt slechts van bewijslevering uit te sluiten die feiten, waarvan de juistheid door *beide* partijen *erkend* wordt. De bewijsregel mag er dan ook niet toe leiden dat per ongeluk niet betwiste, maar onjuiste, feiten tot waarheid worden.<sup>68</sup> Wanneer de feiten de rechter onaannemelijk voorkomen of wanneer het gaat om voor de beslissing cruciale feiten, is het geenszins de bedoeling dat zij de niet weersproken feiten als vaststaand aanneemt. De rechter zal dan juist opheldering moeten vragen over de niet-betwiste feiten.<sup>69</sup> De meest geschikte plaats hiervoor is de comparitie na antwoord; daar spreekt de rechter partijen en hun gemachtigden en kan de rechter de gestelde feiten met hen bespreken en nagaan welke feiten onbetwist zijn.<sup>70</sup> In overeenstemming hiermee bepaalt ook het Duitse recht dat de regel dat niet betwiste feiten als vaststaand gelden, niet opgaat, wanneer ondanks het niet betwisten uit overige stellingen van een partij kan worden afgeleid

65 Dit betekent niet dat partijen altijd het achterste van hun tong laten zien; soms hebben zij (al dan niet nobele) redenen om van bepaalde feiten geen melding te maken.

66 De standaard openingszin van civiele processtukken, dat “(...) *alles wat de wederpartij heeft gesteld wordt betwist, tenzij het hierna uitdrukkelijk wordt erkend*”, helpt hier onvoldoende.

67 Vergelijk ook Benoît Allemeersch (2007) p. 396 e.v., die in dit verband stelt dat het beschikkingsbeginsel als theoretische grondslag voor de bewijsregel, dient te worden aangevuld met het beginsel van ‘procesloyaliteit en proceseconomie’.

68 Zoals aan de orde was in het geval van HR 24 februari 1984, NJ 1984, 415 (Besmette zeug), waarover onder meer F. Bruinsma en R. Welbergen (1988), J.B.M. Vranken (1995) p. 7 e.v. en M.E. Storme (1992).

69 Vergelijk ook Asser-Groen-Vranken, Tzankova (2003) p. 83; A. Hammerstein (2003) p. 60; Stein/Rueb (2007) p. 25.

70 Vergelijk C.W. Star Busmann (1915) p. 163: “(...) *een behandeling ter terechtzitting [zal] in de meeste gevallen voldoende blijken om uit te maken welke feiten onbetwist zijn en ook om den rechter een richtsnoer te geven bij de vaststelling van wat de Duitschers noemen het Tatbestand, het geheel der voor de beslissing ter zake dienende feiten. Rechter en partijen te zamen moeten de geheele feitelijke stof van het geding als het ware met elkander doorlopen.*”

dat wel bedoeld is het feit te betwisten. De rechter moet hier zonodig navraag naar doen.<sup>71</sup>

Dat de rechter zonodig moet verifiëren of de juistheid van door de ene partij gestelde feiten inderdaad wordt erkend door de wederpartij, is ook bepleit door Haardt:

*“Is de rechter niet overtuigd, dat een door de ene partij aangevoerd en door de wederpartij niet betwist feit waar is dan heeft hij de bevoegdheid daarvan alsnog bewijs te vorderen tenzij deze wederpartij, die daartoe door hem eerst in de gelegenheid moet worden gesteld, alsnog uitdrukkelijk het feit erkent: partijen blijven hier dus het recht houden de rechter het onderzoek naar bepaalde feiten af te snijden maar dit geschiedt niet meer uit onoplettendheid van een der partijen.”<sup>72</sup>*

Met andere woorden: de regel dat niet betwiste feiten voor waar moeten worden gehouden, is niet bedoeld voor feiten die per ongeluk niet betwist zijn maar slechts voor feiten die erkend worden door beide partijen, dus feiten waarover partijen het eens zijn.<sup>73</sup> Daarmee is sprake van een relativering van de bewijsregel van art. 149 lid 1 Rv: bedoeld is slechts buiten het domein van bewijslevering te plaatsen feiten waarover beide partijen het eens zijn.

Dit heeft belangrijke consequenties voor de rechter. De rechter moet zich niet beperken tot het mechanisch tegen elkaar afstropen van stellingen van de ene partij versus ontkenningen van de wederpartij, maar moet ook nagaan wat de *strekking* is van de stellingen die beide partijen innemen. Aan de hand daarvan moet de rechter vaststellen wat partijen nu werkelijk verdeeld houdt en waarover zij het wellicht eens zijn. Bij de minste twijfel hierover moet de rechter partijen om opheldering vragen; de comparitie na antwoord is daarvoor de aangewezen plaats. Pas dan kan de rechter beoordelen of werkelijk sprake is van feiten waarover partijen het eens zijn. Ook hier wordt van de rechter dus een actieve opstelling gevergd.

Als inderdaad blijkt dat sprake is van feiten waarover partijen het eens zijn, biedt de bewijsregel de rechter – en dat is een derde kanttekening bij de betekenis van art. 149 lid 1 Rv voor de waarheidsvinding – een onmisbare leidraad bij de feitenvaststelling. De regel maakt het de rechter immers mogelijk om uit te gaan van de feiten waarover partijen het eens zijn en zich vervolgens toe te leggen op het onderzoek naar de wèl betwiste feiten. Wanneer de rechter elk gesteld feit –

71 Zie § 138 Abs. 3 ZPO: “Tatsachen die nicht ausdrücklich bestritten werden, sind als zugestanden anzusehen, wenn nicht die Absicht, sie bestreiten zu wollen, aus den übrigen Erklärungen der Partei hervorgeht.”

72 W.L. Haardt (1951) p. 64.

73 Zoals bijvoorbeeld het geval was in HR 20 november 2009, RvdW 2009, 1363, waar beide partijen (aanvankelijk) aangaven het eens te zijn over de feiten. Om die reden stond het de rechter niet vrij alsnog de juistheid van een bepaald feit in twijfel te trekken. Vergelijk echter ook de op dit punt aarzende conclusie van A-G Rank-Berenschot (punt 2.8).

betwist of erkend – op zijn waarheidsgehalte zou moeten toetsen, zou de procedure tot een moeras worden. De rechter zou dan geen enkel houvast hebben bij het vaststellen van de feiten, bij het verkrijgen van inzicht in het feitencomplex dat aan het geschil ten grondslag ligt. Dat de rechter uitgaat van de tussen partijen niet betwiste feiten, heeft dus primair een praktische reden.<sup>74</sup> Het geeft de rechter een basis om een beslissing op te bouwen.<sup>75</sup>

Al met al wordt aan de strekking van de bewijsregel van art. 149 lid 1 Rv meer recht gedaan, wanneer deze wordt gelezen als een verplichting én een *bevoegdheid* voor de rechter om uit te gaan van de *door beide partijen als juist erkende feiten*.

Hiermee is duidelijk dat art. 149 lid 1 Rv vraagt om een actieve en oplettende rechter; een rechter die enerzijds niet betwiste feiten als vaststaand mag en ook moet aannemen, maar een rechter die anderzijds óók zorgvuldig nagaat óf wel gesproken kan worden van niet betwiste feiten en daar zonodig bij partijen navraag naar doet.

Hierbij is nog te bedenken, zoals in paragraaf 1.5.3 al is opgemerkt, dat in het overgrote deel van de civiele zaken het vaststellen van feiten níet plaats vindt op basis van bewijsbeslissingen, maar aan de hand van het criterium ‘gesteld en niet of niet voldoende betwist’ of ‘onvoldoende gesteld’. Wanneer de rechter oordeelt dat een bepaalde stelling niet voldoende is betwist, of, de keerzijde daarvan, dat tegenover de betwisting door de wederpartij niet voldoende is gesteld, komt de rechter immers niet toe aan een nader onderzoek naar de feiten. Een bewijsopdracht of een deskundigenbericht is dan niet aan de orde.<sup>76</sup> Feitenvaststelling vindt dan uitsluitend plaats in de eerste en tweede fase, zoals deze zijn omschreven in paragraaf 1.5.1 en 1.5.2. Waarheidsvinding in de civiele procedure draait dan om dít mechanisme: wat is gesteld en wat is (voldoende) betwist. Volgens Ahsmann is het zelfs zo dat waarheidsvinding zich de afgelopen jaren heeft verschoven naar de ‘stelfase’ en aan bewijzen nauwelijks meer wordt toegekomen.<sup>77</sup> Om de waarheidsvinding dan nog enigszins tot haar recht te laten komen, zal in ieder geval

74 Zie idem S. Gerbrandy (1961): “*De rechter is geroepen tot oplossing van geschillen. Maar wat wil hij dan met feiten waarover geen geschil bestaat?*”. Vergelijk ook A. Grünebaum (1904) p. 42, die stelt dat aan deze bewijsregel veeleer overwegingen van doelmatigheid ten grondslag liggen. Het is efficiënter wanneer de rechter zich beperkt tot een inhoudelijke beoordeling van weersproken stellingen, dan dat de rechter tijd en energie stopt in de bespreking of beoordeling van feiten of stellingen, waarover partijen het eens zijn.

75 Uit deze ratio, het uit praktisch oogpunt mogelijk maken voor de rechter om op eenvoudige wijze het feitencomplex vast te stellen, blijkt ook dat in dit opzicht het belang dat de rechter binnen een beperkte tijd een uitspraak doet, zwaarder weegt dan het belang van waarheidsvinding. Zie hierover nader paragraaf 4.6.

76 Het is vaste jurisprudentie dat indien een partij niet aan haar stelplicht voldoet, zij reeds op die grond niet tot (tegen)bewijs kan worden toegelaten, zie bijvoorbeeld HR 16 januari 2009, NJ 2009, 54.

77 M.J.A.M. Ahsmann (2010) p. 19-20; vergelijk ook J.L.R.A. Huydecoper (2002).

de eis moeten worden gesteld dat dit proces op uiterst zorgvuldige wijze verloopt. Zie in deze zin ook A-G Huydecoper:

*“Het oordeel van de rechter over wat tussen procespartijen vaststaat en wat er in geschil is, neemt in de rechtsbedeling een bijzondere plaats in. Daarmee wordt immers in feite beslist, welke aspecten van het partijdebat de rechter in zijn oordeel zal betrekken (en welke hij niet zal beoordelen, dan wel als vaststaand gegeven tot uitgangspunt zal nemen bij zijn verdere beoordeling). Een misslag in dat stadium van de beoordeling betekent, dat de rechter in zoverre voorbijgaat aan een vraag die door (een van) de partijen is opgeworpen; wat weer betekent dat de betrokkene op dat punt niet de rechterlijke beslissing krijgt waar hij om gevraagd heeft, en waarop hij ook als uitvloeisel van het recht op ‘fair trial’ een (onvervreemdbaar) recht heeft. De rechter die in dit opzicht mistast, doet de daardoor benadeelde partij dan ook tekort op een punt dat aan de kern van het eerlijke proces raakt.”<sup>78</sup>*

Het is, kortom, zaak dat de rechter niet te snel oordeelt dat een partij de stellingen van de wederpartij niet of onvoldoende heeft betwist. Of van een voldoende betwisting sprake is, kan niet los worden gezien van de wederzijdse stellingen van partijen en vergt een redelijke uitleg van de stellingen van partijen, zoals ook besproken is in paragraaf 1.5.2. Aan de hand daarvan zal de rechter nauwkeurig moeten nagaan of inderdaad sprake is van een niet bestreden stelling.<sup>79</sup>

Een vierde en verder gaande kanttekening bij art. 149 lid 1 Rv is dat wanneer de rechter vermoedt dat de feiten die voor de beslissing van belang zijn, door beide partijen als juist worden erkend, in werkelijkheid *onjuist* zijn, zij zich *niet* daarbij zou mogen neerleggen en zal moeten uitzoeken hoe het in werkelijkheid zit met die feiten.<sup>80</sup> Dit is voor het voetlicht gebracht door de Commissie Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht:

*“Daarom behoeft de rechter zich niet zonder meer neer te leggen bij een in zijn ogen onvolledig feitelijk stramen dat hij moet vaststellen op grond van onweersproken stellingen van partijen. Uiteraard tornen wij niet aan het uitgangspunt dat het in de eerste plaats de procespartijen zelf zijn die de feitelijke gegevens verschaffen. (...) Art. 149 Rv gaat echter verder doordat het de rechter bindt aan niet of onvoldoende betwiste feiten, terwijl de rechter, in het licht van de volledigheds- en waarheidsplicht (...) de*

<sup>78</sup> Zie de conclusie van A-G Huydecoper voor HR 12 april 2002, LJN AD9114, onder punt 8, waarnaar ook is verwezen door M.J.A.M. Ahsmann (2010) en H.W.B. thoe Schwartzberg (2008) p. 27. Zie idem punt 13 van de conclusie van Huydecoper voor HR 24 februari 2006, JBPr 2006, 77.

<sup>79</sup> Om te voorkomen dat de rechter te snel feiten als vaststaand aanmerkt omdat deze niet betwist zijn, terwijl later blijkt dat zij toch niet juist zijn, werd in de Richtlijnen Dorhout Mees (1948) punt 3, p. 136 voorgesteld om het interlocutoire vonnis af te schaffen. Vergelijk ook paragraaf 4.5.

<sup>80</sup> Idem Stein/Rueb (2009) p. 133. Volgens W.D.H. Asser (2009) p. 35, is ook, anders dan zijns inziens de Nederlandse rechter, de Franse rechter niet verplicht om een niet bewist feit als waar aan te nemen, wanneer de rechter twijfelt aan de juistheid daarvan.

*bevoegdheid zou behoren te hebben om ook ten aanzien van niet betwiste feitelijke stellingen het volledigheds- en waarheidsgehalte te toetsen als hem dat voor een verantwoorde oordeelsvorming juist voorkomt.*<sup>81</sup>

Het belangrijkste argument voor de hier omschreven bevoegdheid van de rechter is te vinden in het geldende stelsel van procesrecht, waarin, zoals in paragraaf 2.4 is uiteengezet, het belang van waarheidsvinding een centrale plaats inneemt. Het is niet goed denkbaar hoe het daaraan ten grondslag liggende uitgangspunt dat de rechter zoveel mogelijk recht moet doen op basis van de werkelijke feiten, gerealiseerd kan worden wanneer de rechter óók gedwongen zou zijn recht te doen op feiten die haar onjuist of onaannemelijk voorkomen. Daarmee moet de rechter een onmogelijke spagaat maken.

Het ligt daarom voor de hand de in art. 149 lid 1 Rv omschreven partijautonomie op dit punt te relativeren en voorrang te geven aan het belang van waarheidsvinding, zeker nu deze bepaling is ‘overgeërfd’ uit eerdere wetsteksten en uit de wetsgeschiedenis niet blijkt dat is nagedacht over de vraag of de invoering van de waarheidsplicht in 2002 niet tot een gedeeltelijke herijking van deze vorm van processuele partijautonomie noopt.

Met deze vier kanttekeningen bij de betekenis en reikwijdte van art. 149 lid 1 Rv rijst de vraag wat de betekenis van de bewijsregel voor de waarheidsvinding thans nog is.

Eenzijds is die betekenis triviaal. Feiten waarvan de juistheid door beide partijen erkend is, kunnen van belang zijn voor zover zij deel uitmaken van het gehele feitencomplex waarop de rechter haar beslissing fundeert. Maar het is slechts zelden dat partijen het eens zijn over alle relevante feiten. Uiteindelijk zijn er bijna altijd één of meerdere feiten waarover partijen het juist niet eens zijn en dat zijn de feiten die cruciaal zijn voor de door de rechter te nemen beslissing. Juist op die feiten komt het dan aan. En precies met betrekking tot die feiten zal de rechter onverminderd aan waarheidsvinding moeten doen en is er dus geen sprake van een ‘partijen-waarheid’.

De mogelijkheid dat de civiele rechter onjuiste feiten voor waar moet houden, doet zich dan ook slechts zelden voor met betrekking tot de feiten die beslissend zijn voor de uitkomst van de procedure. Zo kunnen in een geschil over een vordering tot opheffing van een erfdiensbaaierheid partijen het eens zijn over feiten met betrekking tot de ligging van de betrokken erven, de vestiging van de erfdiensbaaierheid etc. Dat zijn feiten die van belang zijn, omdat zij het kader van het geschil vormen. Wanneer partijen het eens zijn over dergelijke feiten terwijl deze een onjuistheid bevatten, bekommert de rechter zich daar doorgaans niet over. Uiteindelijk gaat het echter om de wijze waarop de erfdiensbaaierheid is uitgeoefend; die

81 Asser-Groen-Vranken, Tzankova (2003) p. 81. Volgens Asser-Groen-Vranken, Tzankova (2003) p. 81, noot 156, was eerder in het Voorontwerp-Star Busmann een soortgelijke bepaling voorgesteld. M.i. is dit niet juist. Zie wel in overeenkomstige zin A. Ponsard (1987) p. 676-677.



feitelijke beslissing bepaalt of de vordering wel of niet kan worden toegewezen. Over dat feit zijn partijen het juist niet eens en daarover zal de rechter dus ten volle aan waarheidsvinding moeten doen.

Anderzijds kan ook worden vastgesteld dat het belang van de bewijsregel misschien precies gelegen is in die triviale betekenis. Want het dwingt de rechter bij de weergave van de feiten zoveel mogelijk aan te sluiten bij de wijze waarop partijen de feiten van hun zaak presenteren. Dit draagt bij aan de legitimatie van de rechterlijke uitspraak, zo valt met Kremer te stellen:

*“Het moet gaan om een voor partijen herkenbare en door hen erkende werkelijkheid. Die legitimatie is naar partijen toe groter naarmate zij de relevante werkelijkheid waarover de rechter moet kunnen oordelen, zelf hebben kunnen definiëren.”*<sup>82</sup>

De regel dat de rechter niet betwiste feiten als vaststaand moet aanmerken, heeft dan ook primair een praktische strekking, waarbij nog het argument van de legitimiteit van de rechterlijke beslissing komt. Partijautonomie speelt hierbij maar een zeer beperkte rol.

### **3.5 Partijautonomie, het partijperspectief en de waarheidsplicht van partijen**

Onder het huidige recht kan niet meer worden volgehouden dat partijen vrij zijn om naar eigen inzicht feiten te stellen in de procedure. Hieraan staat met name de waarheidsplicht van art. 21 Rv in de weg, die partijen verplicht de voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren. Partijen mogen geen feiten achterhouden en ze mogen ook geen feiten stellen die niet waar zijn.

De waarheidsplicht van partijen wordt versterkt door verschillende wettelijke verplichtingen van partijen om de rechter van informatie te voorzien, zoals ook al besproken werd in paragraaf 2.4.2. Denk aan de verplichting van partijen om de gronden van hun eis en verweer alsmede de beschikbare bewijsmiddelen te vermelden (de substantiërings- en bewijsaandragplicht plicht van art. 111 Rv en art. 128 Rv); de exhibitieplicht van art. 843a Rv en de verplichting om bewijsmiddelen bij het betreffende processtuk te voegen (art. 85 Rv). Ook de getuigplicht van partijen en de verplichting om vragen van de rechter te beantwoorden of op verzoek van de rechter bepaalde stukken in het geding te brengen (art. 22 Rv en art. 88 Rv) behelzen informatieplichten van partijen.

Uit deze veelheid aan informatieplichten van partijen, in combinatie met de op hen rustende waarheidsplicht, kan niet anders worden geconcludeerd dan dat partijen geen vrijheid hebben om naar eigen inzicht feiten te stellen. Partijen zijn

82 M. Kremer (2003) p. 335. Vergelijk R. Soetaart (1973) p. 892 e.v.

verplicht om zowel uit zich zelf, als op verzoek van de rechter (of de wederpartij, die de rechter kan verzoeken toepassing te geven aan art. 22 Rv of op de voet van art. 843a Rv een vordering kan instellen), alle van belang zijnde feitelijke informatie, zoveel mogelijk vergezeld van bewijsmiddelen, in de procedure in te brengen.

Partijautonomie is in dit opzicht niet meer aan de orde; partijautonomie is ingehaald door de op partijen rustende waarheids- en informatieplichten.<sup>83</sup> De autonomie die partijen nog hadden bij hun beslissing om te procederen en te bepalen waarover zij procederen en die nog als een uitvloeisel van materiële partijautonomie kan worden gezien, houdt dus op wanneer partijen eenmaal de procedure ingaan. Vanaf dat moment zijn zij onderworpen aan de regels van het procesrecht. Ofwel, partijautonomie werkt niet door *in* de procedure.

Het zou echter naïef zijn om te veronderstellen dat partijen vanwege de waarheidsplicht de rechter nu altijd ‘de waarheid’ opdienen. Partijen zullen toch steeds hun visie op de feiten geven, hun weergave van de gebeurtenissen presenteren. De visie van partijen zal altijd gekleurd zijn door hun perspectief. Dit is op zich zelf niet zo bijzonder: het is in de kennistheorie algemeen aanvaard dat ‘neutrale’ feiten niet bestaan en dat elke weergave van feitelijke informatie, over welk onderwerp dan ook, wordt gegeven vanuit een bepaald perspectief. Hierop is al kort ingegaan in paragraaf 1.7.

Een complicatie hierbij is nog dat in de civiele procedure partijen niet *rechtstreeks* feitelijke informatie naar voren brengen, maar dat dat verloopt via hun advocaat. De rechter ziet zich zo geconfronteerd met een tweede perspectief: dat van de advocaat op de informatie die haar is verstrekt door de partij.

Kenmerkend voor de juridische procedure is verder dat elke partij een duidelijk *belang* heeft bij de uitkomst van de procedure: het winnen van die procedure.<sup>84</sup> In dat opzicht kan de procedure gezien worden als een *strijd*; de wens van beide partijen om de procedure te winnen, is een wezenlijk kenmerk daarvan. Dit gegeven heeft zijn weerslag op de wijze waarop partijen procederen; hoe men het ook wendt of keert, zal die primair gericht zijn op de behartiging van het eigenbelang.<sup>85</sup> Niet alleen maakt een partij vanuit de behartiging van dat eigenbelang een selectie van de relevante feiten en de daarvoor van belang zijnde bewijsmiddelen. Ook de wijze waarop de relevante feiten worden weergegeven, de presentatie van de feiten, wordt

83 Zie ook de wetsgeschiedenis bij de waarheidsplicht: Parlementaire geschiedenis herziening burgerlijk procesrecht (2002) p. 152.

84 Ook dit is overigens niet uniek voor de juridische procedure. Ook op andere terreinen van waarheidsvinding kan sprake zijn van een belang bij de uitkomst daarvan, denk bijvoorbeeld aan geneesmiddelenonderzoek.

85 De procedure als strijd is een oud beeld. Zie bijvoorbeeld H.J. Hamaker (1906) p. 87. Volgens Mirjan R. Damaška (1986) p. 79, past de procedure als strijd in een reactieve staat. Zie daarover paragraaf 2.5, noot 95. Vergelijk ook J.A. Jolowicz (2000) p. 69-70. Nadrukkelijk afstand van het beeld van de procedure als strijd nemen Asser-Groen-Vranken, Tzankova (2003), p. 77-78. Zie hierover kritisch R.H. de Bock (2004-II). Vergelijk voorts W.D.H. Asser (1999-I) p. 10 e.v.

daardoor beïnvloed; ‘*het kleuren van de werkelijkheid is een essentieel onderdeel van de rechtsstrijd*’, zoals Asser zegt.<sup>86</sup>

Partijen willen de procedure winnen en brengen ook met dit oogmerk de feiten naar voren. Elk feit dat gesteld wordt, staat daarom in relatie tot een bepaald rechtsgevolg dat een partij daaraan verbonden wil zien, zo benadrukt Gerbrandy:

*“Wat een procespartij stelt of ontkent is nimmer een bloot beweren, een verhaal, een weergave van hetgeen geschied is, maar een stelling, dat is een bewering waaraan terstond een door hem gepretendeerde rechts-eis wordt verbonden. (...) Alles wat [door partijen] gezegd wordt (...) is een rechtsspreuk.”*<sup>87</sup>

De feiten die partijen naar voren brengen, vormen zo altijd een *betog*. De gestelde feiten zijn onlosmakelijk verweven met de toepasselijke rechtsregels (vergelijk paragraaf 1.4), en met het doel dat partijen willen bereiken: het winnen van de procedure.

Dit gegeven kan nader worden uitgewerkt met behulp van begrippen uit de narratologie.<sup>88</sup> In de narratologie wordt ervan uitgegaan dat narrativiteit – het representeren van een verhaal – een fundamentele manier voor het organiseren van menselijke ervaringen is en een instrument om de werkelijkheid te begrijpen.<sup>89</sup> De werkelijkheid is zo complex en veelvoudig, zo ‘onbegrensd en onuitputtelijk’,<sup>90</sup> dat het verhaal noodzakelijk is om daarin structuur aan te brengen. Anders is slechts sprake van een ‘ondoordringbare hoeveelheid gegevens’.<sup>91</sup> Met behulp van het verhaal kan ordening in de feiten worden aangebracht. Teksten (maar ook films, afbeeldingen of elke andere betekenisdrager) kunnen een narratief zijn, dat wil zeggen dat zij een verhaal representeren, dat zij een verhalend karakter hebben. Het verhaal is een mentaal beeld van de wereld, een symbolische reconstructie

86 W.D.H. Asser (1999) p. 1251. Idem C.J.M. Klaassen (2002) p. 1453. Vergelijk ook R.C. Hartendorp (2008) p. 113-114.

87 S. Gerbrandy (1961) p. 19 en p. 27. In meer moderne terminologie: “*Law is an activity driven by assertion*”, zie Dennis Patterson (2009) p. 62. De consequentie hiervan, die ook door Gerbrandy wordt getrokken, waar hij stelt dat een waarheidsplicht van partijen ‘onbestaanbaar’ is, is dat in de procedure gestelde feiten niet waar of onwaar kunnen zijn; het zijn *beweringen*.

88 De metafoor van het verhaal of het begrip narrativiteit is op verschillende manieren toe te passen in het recht. Zie voor een overzicht de entry ‘Law and narrativity’ in David Herman, Manfred Jahn en Marie-Laure Ryan (eds.), *The Routledge Encyclopedia of Narrative theory* (2005). Een belangrijke aanzet tot theorievorming over narrativiteit in de rechterlijke procedure is gegeven door Bennet en Feldman (1981) m.n. p. 41 e.v., waarop de navolgende uiteenzetting gedeeltelijk is gebaseerd. De verhandeling van Bennett en Feldman berust op een analyse van de Amerikaanse juryrechtspraak in strafzaken. Zie over de rol van verhalen in de juridische (straf)procedure vooral ook Crombag, Van Koppen en Wagenaar (2006) en Wagenaar, Van Koppen en Crombag (1993). Zie ook Floris Bex (2009).

89 Definitie van narrativiteit afkomstig uit *The Routledge Encyclopedia of Narrative Theory* (2005).

90 R.C. Hartendorp (2008) p. 112.

91 A.F.M. Brenninkmeijer (2006) p. 5. Vergelijk ook A.C. ’t Hart (1982) p. 198; Ann Rigney (1991).

van gebeurtenissen en handelingen.<sup>92</sup> Om een tekst te begrijpen gaat het er niet zozeer om de taalkundige betekenis daarvan vast te stellen, maar om het verhaal in de tekst te achterhalen, om de narratieve structuur in kaart te brengen. Het verhaal is de sleutel om toegang te krijgen tot de tekst.<sup>93</sup>

Elk verhaal heeft bepaalde kenmerken. Zo is in het verhaal sprake van een of meerdere personages en/of objecten, dat zijn de karakters of hoofdpersonen. In het verhaal doen zich bepaalde gebeurtenissen of handelingen voor. En in het verhaal worden verbindingen gemaakt tussen fysieke gebeurtenissen of handelingen en bepaalde mentale toestanden van de hoofdpersonen (zoals een doel, een emotie, een plan). Deze verbindingen geven samenhang, begrijpelijkheid, doel en geslotenheid ('closure') aan het verhaal. Zij vormen tezamen de *plot* van het verhaal.

Die plot is van cruciaal belang voor het verhaal, want daardoor wordt ordening aangebracht in het verhaal en is toegang tot en begrip van het verhaal mogelijk. Daarbij gaat het zowel om een temporele als een causale ordening. Een temporele ordening brengt in de tijd een volgorde aan waarin gebeurtenissen (handelingen of mentale toestanden) hebben plaatsgevonden, wat een belangrijke voorwaarde voor begrijpelijkheid is. Maar het verhaal moet ook uitleg geven, het moet ook antwoord geven op het *waarom*, bijvoorbeeld door te vertellen welke drijfveer de hoofdpersoon had om een bepaalde handeling te verrichten.<sup>94</sup> Een nader vereiste voor begrijpelijkheid van het verhaal is daarom dat het verhaal compleet is en geen hiaten vertoont.<sup>95</sup>

Dit alles geldt ook voor feiten in de juridische procedure. Wanneer een partij in de procedure de feiten naar voren brengt, vertelt zij een verhaal, háár verhaal. Dat verhaal heeft de rechter nodig, alleen al om te begrijpen waarover het geschil tussen partijen gaat. Zie Leijten:

*"We need stories for understanding. Verhalen en geen losgetrokken feiten. Zulke feiten zijn de openbare schenders van elk verhaal. Zij onttrekken daaraan het cement en maken van het gebouw een bouwsel dat met elke windvlaag kan instorten. Anders gezegd: zulke feiten ontkennen dat zij tot een verhaal behoren en hun duiding is reeds daarom levensgevaarlijk."*<sup>96</sup>

De rechter moet dus het verhaal van partijen vinden, zo nodig dóór het verhaal van de advocaat of andere procesgemachtigde heen. Voorkomen moet worden dat

92 Bennett en Feldman (1981) p. 6, p. 41 e.v.

93 Op een meer abstract niveau kan worden gesteld dat aan alle menselijke ervaringen en waarnemingen een narratieve structuur is toe te kennen. Die narratieve structuur is een manier om betekenis te kunnen geven aan de wereld om ons heen, om ervaringen te kunnen ordenen. Het verhaal is onmisbaar als toegangspoort tot die wereld. Zie hierover met name de Franse filosoof Roland Barthes.

94 Neil MacCormick (2005) p. 217, noemt dit de '*motivational explanation*' van het verhaal.

95 Bennet en Feldman (1981) p. 61-62.

96 J.C.M. Leijten (1991) p. 4.

de rechter slechts over ‘*lawyers stories*’<sup>97</sup> beschikt, die soms afwijken van het verhaal van de partijen.<sup>98</sup> Vandaar dat het ook zo belangrijk is dat de rechter niet alleen afgaat op de schriftelijke processtukken, maar ook partijen zélf spreekt (vergelijk paragraaf 2.4.6).

Aan de taak van de rechter om het verhaal in de feiten te achterhalen, gaat echter vooraf de taak van *partijen* om een begrijpelijk verhaal aan de rechter te presenteren. Dat is een verhaal dat de hierboven genoemde elementen bevat.

Soms wordt in de dagvaarding alleen een summiere opsomming van ‘kale feitjes’ gegeven.<sup>99</sup> Te lezen is bijvoorbeeld: dat X een partij lakens heeft geleverd aan Y; dat Y de lakens onbetaald heeft gelaten en dat X betaling vordert van de openstaande factuur door Y. Dit is een verzameling van feiten, maar geen verhaal. Er rijzen direct vragen: waarom is er niet betaald? Was er iets met de lakens? Verkeerde Y in betalingsnood? Of heeft Y misschien aan de verkeerde betaald? Doordat hier niets over gesteld wordt, is er onduidelijkheid over de centrale handeling van het verhaal. De summiere weergave van feiten biedt geen inzicht in de plot, waardoor de rechter niet kan achterhalen waar het nu eigenlijk om gaat. Kortom, er is geen *verhaal*. Hieruit blijkt dat het partijperspectief, het verhaal dat een partij in de procedure naar voren brengt, geen lastige bijkomstigheid is, iets waarvan de rechter liever verlost zou zijn; het is *noodzaak*. Zonder de verhalen van partijen kan de rechter geen beslissing nemen.

Voor het door een partij naar voren gebrachte verhaal geldt dat de plot een doel dient, namelijk om de toehoorder, de rechter, in een bepaalde richting te sturen. Het verhaal wil de rechter overtuigen van het eigen gelijk van de partij;<sup>100</sup> het verhaal is, zoals gezegd, een betoog.

Dit roept de vraag op wat dit betekent voor de op partijen rustende waarheidsplicht. In hoeverre kan van partijen worden gevraagd de feiten in de procedure volledig en waarheidsgetrouw naar voren te brengen (vergelijk paragraaf 2.4), wanneer een partij altijd háár verhaal vertelt? Het antwoord op deze vraag is genuanceerd.

Enerzijds geldt dat aan een verzameling feiten die op zich zelf waarheidsgetrouw is weergegeven, door partijen een uiteenlopende narratieve samenhang kan worden gegeven. Er ontstaan dan verschillende verhalen, bijvoorbeeld doordat de causale ordening van de feiten verschilt of doordat de hoofdpersonen anders

97 Zie hierover William Twining (2006) p. 286 e.v.

98 Vergelijk A. Hammerstein: “*De partijen vertellen hun versie van de feiten aan hun advocaat, die uit die al gebrekkige weergave een eigen juridisch gekleurd verhaal maakt. De versie van de wederpartij blijkt meestal wonderbaarlijk veel daarvan te verschillen en is ook weer flink bijgekleurd.*” Zie A. Hammerstein (2010) p. 551.

99 Overigens is aan deze praktijk voor een deel een einde gekomen doordat art. 111 lid 3 Rv eiser verplicht om in de dagvaarding ook melding te maken van het verweer van gedaagde, voor zover hem dat bekend is.

100 Denk ook aan de retorica, de kunst van het overtuigen of de welsprekendheid.

worden benoemd. Van deze verschillende verhalen is op zich zelf genomen moeilijk te zeggen dat het ene verhaal waar is en het andere verhaal onwaar.<sup>101</sup> Een partij ordent de feiten nu eenmaal op een bepaalde manier en vertelt daarmee haar verhaal; van die ordening kan niet gezegd worden dat zij waar of onwaar is.

Verder laat de metafoor van narrativiteit ook zien dat van een partij moeilijk gevraagd kan worden om *alle* relevante feiten naar voren te brengen. Een verhaal is immers nooit af, nooit compleet, en kan daarom nooit een volledige opsomming of weergave van *alle* feiten behelzen.<sup>102</sup> Er is niet één vast omlijnende verzameling van *de* relevante feiten, zoals besproken is in paragraaf 1.4. Zo stelt ook Storme:

*“Er zijn geen feitelijke omstandigheden die nooit, voor geen enkel geschil, relevant kunnen zijn.”*<sup>103</sup>

Een verhaal kan op hoofdlijnen worden verteld, of juist met veel zijsporen. Elk verhaal draagt de mogelijkheid van een nieuw of ander verhaal in zich, steeds kan het verhaal nader worden gedetailleerd. Er ontstaan dan verhalen in het verhaal, die het verhaal een onverwachte dimensie kunnen geven. Daarom kan het ook van belang zijn dat een derde in de procedure participeert; een andere belanghebbende of een *amicus curiae*, zoals hiervoor in paragraaf 3.3 al werd besproken; deze kan een ander verhaal vertellen, waarin andere verbindingen worden gelegd<sup>104</sup> of de plot anders wordt geformuleerd.<sup>105</sup>

101 Vergelijk A.F.M. Brenninkmeijer (2006) p. 8.

102 Neil McCormick (2005) p. 221.

103 M.E. Storme (1992) p. 349.

104 Vergelijk ook J.B.M. Vranken (2005) p. 12, die schrijft dat ‘*een bepaald soort argumenten niet of nauwelijks aan bod komt*’ in de procedure.

105 Een voorbeeld biedt de conclusie van A-G Spier voor HR 31 oktober 2003, NJ 2006, 112 m.nt. C.E. du Perron. In deze zaak ging het om schadevergoeding die ouders pas na verloop van vele jaren namens hun kind vorderden in verband met medische fouten die bij de geboorte van het kind waren gemaakt, waardoor het kind hersenbeschadiging had opgelopen. Dit riep de vraag op of in medische aansprakelijkheidszaken onder omstandigheden moet worden afgeweken van de strenge toepassing van verjaringstermijnen. Spier merkt hierover op “(...) *dat ernstig rekening moet worden gehouden met een veelheid van long tail shades die de toekomst voor ons in petto heeft. (...) Een somber perspectief wordt onder veel meer geschetst door de Franse herverzekeraar SCOR in het kader van een symposium over Ignored risks. (...) Men kan tegenwerpen dat de meeste ellende buiten Europa plaatsvindt en dat vooralsnog niet, laat staan op overtuigende en onderbouwde wijze, is gebleken dat in Europa (en al helemaal niet in Nederland) sprake is van werkelijk zorgen barend ontwikkelingen. (...) Probeert men het gehele plaatje te overzien dan is er ten minste enige grond voor bezorgdheid over 1) hetgeen in Europa en ook in Nederland op het stuk van long tail shades dreigt, 2) de verzekeraarbaarheid wanneer het aansprakelijkheidsrecht binnen en buiten Nederland niet met behoedzaamheid inspeelt [op] deze ontwikkelingen en 3) de solvabiliteit van verzekeraars.*” Het verhaal van de ouders met het kind met hersenbeschadiging, wordt hier door Spier uitgebreid tot een veel groter verhaal, waarin het niet gaat over medische aansprakelijkheid of over verjaring, maar over de mogelijke consequenties van een toename van zogenoemde long tail shades voor de solvabiliteit van verzekeraars. Hoewel de expliciete bespiegelingen van

Maar anderzijds blijft wel degelijk overeind staan dat het verhaal van een partij onjuistheden of leemtes kan bevatten. Wanneer een partij bepaalde feiten niet vermeldt in het verhaal, kan het verhaal een geheel andere wending nemen dan gerechtvaardigd is in het licht van de feiten zoals die zich in werkelijkheid hebben voorgedaan. De feiten kunnen ook zo worden geselecteerd en gerangschikt, dat *‘een volstrekt vals beeld van de werkelijkheid wordt gegeven.’*<sup>106</sup> En een verhaal waarin feiten voorkomen die niet waarheidsgetrouw zijn weergegeven, is niet in overeenstemming met de werkelijke gang van zaken. Het verhaal is dan ronduit onwaar.

De waarheidsplicht houdt derhalve wel degelijk betekenis. Partijen hebben geen ‘vrij spel’ bij het naar voren brengen van hun verhaal. Zij houden de verplichting om de feiten oprecht en correct (volgens de basisdeugden van *sincerity* en *accuracy*, vergelijk paragraaf 2.2) naar voren te brengen. Deze verplichting omvat tevens de plicht om de feiten zo volledig mogelijk naar voren te brengen. De waarheidsplicht stelt dus grenzen aan het verhaal dat partijen in de procedure naar voren brengen.

Dit is dan wat er in dit opzicht overblijft van partijautonomie: de vrijheid van een partij om in de procedure haar eigen verhaal te vertellen, zoveel mogelijk op basis van alle relevante en waarheidsgetrouw weergegeven feiten.

### 3.6 Het partijperspectief en de rechterlijke waarheidsvinding

Aan de hand van de verhalen van partijen is het dan de taak van de rechter om een eigen verhaal te maken, dat zal worden neergelegd in de rechterlijke uitspraak. Dat eigen verhaal is noodzakelijk om de feiten betekenis te kunnen geven, om de zaak op haar merites te kunnen beoordelen en tot een aanvaardbare beslissing te kunnen komen. Ook het verhaal van de rechter heeft hoofdpersonen, een centrale handeling, een temporele en causale ordening van de gebeurtenissen en een *plot* nodig.

De basis voor het verhaal van de rechter wordt gevormd door de verhalen van de beide partijen. Het eigen verhaal van de rechter is echter méér dan een optelsom van de verhalen van partijen. Het verhaal van de rechter is een nieuw verhaal; gevoed door de verhalen van partijen, maar gemaakt door de rechter en alleen al daardoor een ander verhaal. De rechter zal uit de verhalen van partijen die feiten selecteren, die naar haar oordeel nodig zijn om verhaal te maken dat als basis voor een beslissing kan dienen. Het zo verkregen verhaal biedt de rechter een handvat om een selectie te maken tussen feiten die wel en feiten die niet relevant zijn. Feiten

Spier in onze rechtspraak tamelijk uitzonderlijk zijn, zal het eerder regel dan uitzondering zijn dat rechters *impliciet* dergelijke feiten uit een groter of ander verhaal, een rol laten spelen bij hun beslissing. Zij vormen tezamen het geheel aan kennis, aan ‘voorbegrip’, van waaruit de rechter de verhalen van partijen interpreteert en tot een oordeel komt.

106 J.C.M. Leijten (1989) p. 450.

die geen bijdrage leveren aan een van de sleutelementen van het verhaal – maar bijvoorbeeld een ‘subplot’ vormen – voegen niets toe en zijn derhalve niet relevant.

De rechter dient ernaar te streven dat haar verhaal zoveel mogelijk een synthese is van de verhalen van partijen. Het is immers belangrijk dat partijen zich herkennen in het verhaal van de rechter en zien dat dat verhaal ook *hún* verhaal is.<sup>107</sup> Een voor partijen herkenbaar verhaal draagt bij aan de legitimiteit van het rechterlijke oordeel, precies hetzelfde punt waarover gesproken werd in paragraaf 3.4 in relatie tot het belang van de bewijsregel, dat de rechter de door partijen niet betwiste feiten als vaststaand aanneemt.

Zo kan het nuttig zijn om bij de feitenvaststelling in het vonnis ook feiten op te nemen die de rechter zelf niet als relevante feiten beschouwt – omdat zij niets bijdragen aan het eigen verhaal van de rechter, waar die feiten niet relevant zijn voor de te nemen beslissing –, maar die *wél* relevant zijn in het verhaal van een partij. Deze partij ziet dan dat de rechter wel acht heeft geslagen op de betreffende feiten.<sup>108</sup>

Dat de rechter een eigen verhaal maakt, laat ook zien dat de rechter *keuzes* maakt en dat het selecteren en vaststellen van feiten deel uitmaakt van het proces van rechterlijke oordeelsvorming (vergelijk paragraaf 1.7). De rechter maakt haar keuzes met het oog op de te nemen beslissing; de functie van het verhaal is immers om het geschil tussen partijen te kunnen beslissen. Het verhaal dat de rechter construeert, preludeert zo op de beslissing. In het verhaal van de rechter ligt de beslissing als het ware reeds besloten.

Dit komt nog duidelijker naar voren wanneer de metafoor van het verhaal in de juridische procedure wordt doorgetrokken naar de rechterlijke oordeelsvorming. Volgens sommige auteurs is namelijk niet alleen het vaststellen van feiten, maar het gehele proces van rechtsvinding te begrijpen in termen van narrativiteit.<sup>109</sup> Niet alleen de door partijen gestelde feiten zijn dan aan te merken als verhalen, maar ook de rechtsregels zelf hebben een narratieve structuur. Rechtsregels verwoorden als het ware een bepaald verhaal, zij hebben een ‘narratieve typificatie’. De narratieve typificatie is een soort miniverhaal waarmee een rechtsregel wordt

107 In een iets breder perspectief maakt het verhaal van de rechter, zoals vervat in de rechterlijke uitspraak, het op zijn beurt mogelijk voor alle toehoorders of lezers om betekenis te geven aan de rechterlijke beslissing. Het verhalend karakter geeft de uitspraak overtuigingskracht. Zie hierover onder meer Tom Schalken (2006) en A.C. 't Hart (1982). Het recht als geheel, waarvan de gezamenlijke rechterlijke beslissingen deel uitmaken, kan ook gezien worden als één alomvattend verhaal ('*a chain novel*'). Zie hierover Ronald Dworkin (1986).

108 Om deze reden is het minder juist om wanneer een partij in hoger beroep klaagt over haars inziens essentiële feiten waarover de rechter in eerste aanleg niets heeft vastgesteld, daar als appelrechter op te responderen met de overweging '*dat geen rechtsregel de rechter verplicht alle door een partij aangedragen feiten te vermelden*'. Dat moge op zich zelf zo zijn, maar het gaat erom dat de partij vindt dat het betreffende feit de rechter een ander beeld van de zaak had gegeven. Het betreffende feit was in de ogen van de partij een cruciaal element in haar verhaal.

109 Zie met name B.S. Jackson (1988) p. 58 e.v.



geassocieerd. In dat beeld wordt de rechtsregel niet begrepen door een taalkundige analyse van de begrippen in de rechtsregel, maar door het miniverhaal dat door de rechtsregel wordt opgeroepen.<sup>110</sup> Asser zegt iets vergelijkbaars, wanneer hij stelt dat de norm altijd in meer of minder abstracte vorm casuïstiek uitdrukt.<sup>111</sup>

Als het verhaal of de casuïstiek het middel is om de rechtsregel te begrijpen, moet de kern van de rechterlijke oordeelsvorming worden gezien als het maken van een vergelijking tussen het verhaal van de rechtsregel en de verhalen van partijen.<sup>112</sup> De rechter vergelijkt haar verhaal over de feiten met het verhaal dat in de rechtsregel besloten ligt. Aan de hand daarvan komt de rechter tot de beslissing of het concrete geval onder het toepassingsbereik van een rechtsregel valt.

Bij het selecteren van feiten, bij het maken van een eigen verhaal met het oog op de te nemen beslissing, komt de rechter er echter niet met alleen de verhalen van de beide partijen. Dat zou ook niet kunnen, omdat de verhalen van partijen op cruciale punten van elkaar zullen verschillen. Hier vindt de metafoor van narrativiteit haar begrenzing. Want net zo goed als in de vorige paragraaf werd gesteld dat de rechter moet doordringen tot het verhaal in de feiten, moet de rechter óók doordringen tot de *feiten in het verhaal*. Als de rechter de verhalen van partijen heeft gevonden, moet zij deze verhalen ook weer aan de kant zetten.

De verhalen moeten worden ontdaan van – al dan niet door de advocaat of andere procesgemachtigde toegevoegde – overbodige franje, veronderstellingen, juridische of morele kwalificaties, toevoegingen en zijsporen en teruggebracht naar hun kale, feitelijke kern. Juist met het oog op waarheidsvinding, op een correcte vaststelling van alle relevante feiten, moet de rechter de verhalen van partijen uitkleden.

Dit vergt een actieve rol van de rechter. De rechter moet nagaan over welke feiten partijen het eens zijn en over welke feiten partijen het níet eens zijn (vergelijk paragraaf 3.4). De rechter moet inconsistenties opsporen en daarover zo nodig vragen stellen. De rechter moet nagaan waar leemtes in het verhaal zijn en hierover navraag doen bij partijen. En bij onenigheid over de feiten moet de rechter verdere informatie verzamelen, door een bewijsincident te gelasten. Ook op dit punt is de rechter natuurlijk niet afhankelijk van partijen; de rechter kan altijd *ambtshalve* een bewijsopdracht geven of een deskundigenbericht gelasten.<sup>113</sup>

De combinatie van verhalen en een te passieve rechter levert risico's op.<sup>114</sup> Het grootste gevaar is wel dat de rechter zich door een verhaal van een van partijen

110 P. Thion (2006) p. 110 e.v.

111 W.D.H. Asser (2006) p. 47.

112 Zie in deze zin P. Thion (2006) p. 112-113.

113 Voor het verstrekken van een bewijsopdracht is niet vereist dat sprake is van een concreet en relevant bewijsaanbod van een partij!

114 Zie met name Crombag, Van Koppen en Wagenaar (2006). Vergelijk ook William Twining (2006) p. 336 en M.E. Storme (1992) p. 347, met verwijzing naar *De naam van de roos* van Umberto Eco, waar rond de moorden een verhaal werd gemaakt waarin een verband werd geconstrueerd dat in werkelijkheid niet bestond.

laat meeslepen, of té snel zelf een verhaal heeft gemaakt. In het slechtste geval heeft de rechter haar verhaal al klaar voordat partijen zijn uitgepraat. De kunst is echter voor de rechter om haar oordeelsvorming zo lang mogelijk uit te stellen, om zo lang mogelijk te wachten met het afronden van het verhaal. Anders verstart het verhaal tot een ‘casus’ en hoort de rechter alleen nog dat wat zij wil horen, dat wat in het verhaal past, wellicht het verhaal dat de rechter al kent en vaker heeft gehoord.<sup>115</sup> Dit geldt zeker wanneer een of beide partijen met lapidaire verhalen komen, waarvan zonder nader onderzoek van de rechter eigenlijk geen goed begrip mogelijk is. De rechter moet eerst dóórvragen en informatie verzamelen, alvorens zich een mening te vormen over het verhaal. Lees wat Asser hierover zegt:

*“Echter, te snel plegen wij tot interpretatie en keuze over te gaan en de werkelijkheid die zich aan ons voordoet te maken tot een geval, een casus (...) En een casusbehandeling (...) nodigt niet tot feitelijk onderzoek uit. In de casus zijn de feiten immers reeds gegeven. Wij laten de feiten niet spreken omdat wij ze in de rede vallen. Wij spreken voor onze beurt.”*<sup>116</sup>

Net zoals de rechter terughoudend en voorzichtig moet zijn met de vaststelling dat partijen het eens zijn over bepaalde feiten (waarover paragraaf 3.4), moet de rechter terughoudend en voorzichtig zijn met de constructie van het verhaal. Hoe noodzakelijk beide, onderling verbonden, activiteiten bij het vaststellen van de feiten ook zijn, de rechter dient daarbij behoedzaam te werk te gaan.

### 3.7 Partijautonomie en het aanvullen van feiten door de rechter

Dat de rechter binnen de grenzen van het geschil – dat zijn dus de door partijen getrokken buitengrenzen, besproken in paragraaf 3.2 – zoveel mogelijk de correcte feiten moet vaststellen, is geen punt van discussie. Partijen mogen de buitengrenzen van de waarheidsvinding afbakenen door te bepalen wat het onderwerp van de procedure is, maar binnen die grenzen moet de rechter op zoek naar de correcte feiten. Het lijkt geen twijfel dat de rechter hier actief dient te zijn en dat partijen op dit punt geen zeggenschap hebben. Zie in deze zin ook de parlementaire geschiedenis:

*“De lijdelijkheid heeft slechts betrekking op de aard en inhoud van het geding, doch slaat niet op de vaststelling van de feiten, het vinden van de waarheid tussen de tegenover elkaar staande feitelijke standpunten van partijen.”*<sup>117</sup>

115 Vergelijk ook J.B.M. Vranken (2005) p. 4 e.v., over de casusgerichtheid van de rechter.

116 W.D.H. Asser (1999) p. 1252.

117 Parlementaire geschiedenis nieuw bewijsrecht (1988) p. 66-67.

De autonomie van partijen om te beslissen of en waarover zij procederen, doet dus niet af aan de rechterlijke waarheidsvinding. Zoals al eerder is gezegd, heeft processuele autonomie, de vrijheid om te bepalen waarover geprocedeerd wordt, slechts consequenties voor de vraag *welke* feiten onderwerp zijn van de materiële waarheidsvinding. Dit zijn de feiten die relevant zijn voor de beslechting van het door partijen omliggende geschil. Maar binnen dat kader is géén sprake van partijautonomie en ligt het op de weg van de rechter om aan waarheidsvinding te doen. Vergelijk ook al Opzoomer/Levy:

*“Heeft de rechter zijne taak eens ter hand genomen, dan dient hij niet partijen, maar het Recht. Zij zijn het, die den toegang tot het terrein des civielen rechtsgedings hebben ontsloten, maar op dat terrein is de rechter, en hij alleen, heer en meester.”*<sup>118</sup>

Dat de rechter binnen de door partijen afgebakende buitengrenzen aan waarheidsvinding moet doen, betekent dat de rechter verantwoordelijk is voor een correcte vaststelling van de feiten.<sup>119</sup> Dit betekent ook dat de rechter zoveel mogelijk alle relevante feiten moet verzamelen.

Een probleem doet zich dan voor wanneer partijen niet alle relevante feiten aandragen. Neem bijvoorbeeld de situatie dat in kort geding opheffing van een beslag wordt gevorderd. De jurisprudentie vergt dat de rechter beoordeelt of summierlijk gebleken is van de deugdelijkheid van de vordering waarvoor beslag is gelegd en dat de rechter voorts een afweging maakt van de belangen van partijen. Wat moet de rechter doen wanneer partijen geen feiten stellen over hun belangen bij handhaving dan wel opheffing van het beslag? Het ligt voor de hand, en zo zal het in de praktijk ook gaan, dat de rechter op de zitting partijen daarnaar vraagt om de benodigde feitelijke informatie alsnog te verkrijgen. Vergelijk Veegens:

*“Is de feitelijke toedracht voor de rechter niet voldoende uit de verf gekomen, dan eist een goede procesleiding dat hij door het stellen van vragen aan de partijen en hun raadslieden de nodige opheldering zoekt.”*<sup>120</sup>

Hiermee bewerkstelligt de rechter *de facto* een aanvulling van de feiten.

In lijn hiermee bepleitte de Commissie Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht opheffing van het verbod aan de rechter om de feiten aan te vullen:

118 Opzoomer/Levy (1900) p. 5; vergelijk ook Opzoomer/Levy (1902) p. 157. Idem Paul Scholten (1924) p. 110.

119 Niet gevolgd kan worden de mening van Bakels, dat de rechter ‘niet verantwoordelijk [is] voor de juiste vaststelling van de feiten.’ Zie F.B. Bakels (2010) p. 544.

120 D.J. Veegens (1979) p. 451.

*“Tot een actieve opstelling op dit punt is de rechter, met het oog op een behoorlijke rechtspleging, ook gehouden omdat de rechterlijke beslissing zoveel mogelijk moet aansluiten bij de werkelijkheid (...).*

*Sluitstuk is de erkenning in het civiele procesrecht van een bevoegdheid als voor het bestuursrecht is neergelegd in art. 8:69 lid 3 Awb, namelijk dat de rechter ambtshalve de feiten kan aanvullen.”<sup>121</sup>*

Op dit voorstel is een grote hoeveelheid kritiek geleverd, zoals al is vermeld in de inleidende paragraaf van dit hoofdstuk. Om de gegrondheid van deze kritiek te beoordelen, is het van belang eerst na te gaan wat een rechterlijke bevoegdheid tot het aanvullen van feiten nu eigenlijk precies inhoudt. Daarbij moet een onderscheid worden gemaakt tussen het aanvullen van *feiten*, waarop art. 149 lid 1 Rv betrekking heeft, en het aanvullen van de *feitelijke gronden* van het geschil of wel de *rechtsfeiten*, waarop art. 25 Rv ziet. De eerste zinsnede van art. 149 lid 1 Rv bepaalt het volgende (de tweede zinsnede is behandeld in paragraaf 3.4):

*“Tenzij uit de wet anders voortvloeit, mag de rechter slechts die feiten of rechten aan zijn beslissing ten grondslag leggen, die in het geding aan hem ter kennis zijn gekomen of zijn gesteld en die overeenkomstig de voorschriften van deze afdeling zijn komen vast te staan.”*

De strekking van deze bepaling is dat de rechter niet zelf feiten mag toevoegen of bijbrengen, want het zijn *partijen* die de feiten moeten aandragen. Het is niet goed denkbaar dat een bevoegdheid van de rechter om feiten aan te vullen, zou inhouden dat de rechter zélf feiten zou toevoegen aan de door partijen gestelde feiten.<sup>122</sup> Dit kan wellicht verleidelijk zijn, bijvoorbeeld wanneer de rechter veel weet van het onderwerp waarop het geschil van partijen betrekking heeft. Zo zou de rechter als feit willen bijvoegen dat ‘ter plaatse sprake is van een onoverzichtelijke situatie’, wanneer zij bekend is met de plaats waar een ongeval is voorgevallen, of dat ‘rozen bevattelijk zijn voor ziektes’, wanneer zij zelf een deskundig tuinierster is. De rechter moet dit echter niet doen, met name niet omdat de rechter dan partijen de mogelijkheid onthoudt hun visie te geven op die feiten en daarmee het beginsel van hoor en wederhoor schendt. Dit brengt ook mee dat de rechter zeer

<sup>121</sup> Asser-Groen-Vranken, Tzankova (2003) p. 80, 82.

<sup>122</sup> Hoewel soms wordt gepleit voor de bevoegdheid van de rechter om rechtstreeks bij officiële instanties informatie in te winnen (‘ambtelijke inlichtingen’, zoals ook in het Duitse recht mogelijk is (§ 273 Abs. 2 ZPO). Vergelijk de Richtlijnen Dorhout Mees (1948) punt 11, waarmee instemmen C.W. Dubbink (1949) p. 135, W.L. Haardt (1951) p. 66-67 en C.H. Beekhuis (1960). Ook in het burgerlijk procesrecht van de Nederlandse Antillen en Aruba bestaat een dergelijke bevoegdheid (art. 142 RvNA). De toegevoegde waarde van een dergelijke bevoegdheid lijkt niet erg groot, nu de rechter toch al de bevoegdheid heeft om partijen op te dragen dergelijke informatie in te winnen en in het geding te brengen en daaraan consequenties te verbinden wanneer hieraan geen gevolg wordt gegeven.

terughoudend moet zijn met het aannemen dat een feit ‘van algemene bekendheid’ is en dit begrip dus beperkt moet uitleggen.<sup>123</sup> Hierop zal ook nog worden ingegaan in paragraaf 7.5.

Het is geen punt van discussie dat in dit opzicht de rol van de civiele rechter lijdelijk – vanwege de beladenheid van dit begrip is het wellicht beter om de term *terughoudend* te gebruiken – is en moet blijven. De rechter kan de stukken lezen, de rechter kan vragen stellen aan partijen of getuigen, de rechter kan de situatie ter plaatse in aanwezigheid van partijen opnemen, maar de rechter voegt niet zelf feiten toe. De rechter kan alleen van partijen – of, in aanwezigheid of met kennisname van partijen, van deskundigen of getuigen – feitelijke informatie verkrijgen. Het voorstel om de rechter de bevoegdheid te geven de feiten aan te vullen, betekent dan ook niet dat de rechter zélf feiten mag bijbrengen; dit is niet toegestaan, zo is de essentie van de in art. 149 Rv neergelegde regel dat de rechter slechts feiten aan de beslissing ten grondslag mag leggen die in het geding aan haar ter kennis zijn gekomen of zijn gesteld.<sup>124</sup>

Waar het wel om gaat bij het aanvullen van feiten, is dat de rechter *initiatief* mag nemen om van partijen meer feitelijke informatie te verkrijgen, zodat zij een volledig zicht krijgt op de relevante feiten. Het kan dan gaan dan om feiten waarover niets gesteld is door partijen, zoals in het eerder gegeven voorbeeld over de opheffing van een beslag, maar die wel van belang zijn voor het nemen van een beslissing. Dit is ook het belangrijkste, en minst omstreden, aspect van de wijze waarop de bestuursrechter gebruik maakt van haar wettelijke bevoegdheid om feiten aan te vullen (art. 8:69 lid 3 Awb).<sup>125</sup> Dit onderzoek vindt niet plaats buiten partijen om – daaraan staat het beginsel van hoor en wederhoor in de weg –, maar rechtstreeks bij partijen. De rechter kan partijen mondeling of schriftelijk vragen voorleggen, hen verzoeken bepaalde stukken in het geding te brengen of, in samenspraak met partijen, een deskundige inschakelen om feiten te vergaren. Ook kan de rechter feiten verzamelen door vragen te stellen aan een door een partij voor-gebrachte getuige of deskundige.

Wanneer de rechterlijke bevoegdheid om feiten aan te vullen zo wordt opgevat – het op initiatief van de rechter in samenspraak met partijen verzamelen van

123 Meestal gebeurt dat ook, zie onder meer HR 6 september 1996, NJ 1998, 415 en HR 13 januari 2006, NJ 2006, 282. Er zijn echter ook uitspraken waarin de rechter ten onrechte feiten als ‘van algemene bekendheid’ aanmerkt. Zie voor verschillende voorbeelden (voorzien van een empirische onderbouwing) dat bepaalde feiten niet van algemene bekendheid zijn, terwijl de rechter dat wel aannam, Van Boom, Tuil en Van der Zalm (2010). De auteurs bepleiten dat de rechter zich op zijn minst rekenschap geeft van de contextgebondenheid van het oordeel dat het om ‘feiten van algemene bekendheid’ gaat.

124 Vergelijk ook het rapport-Storme (1994) p. 94: “*Partout, également, les parties ont le monopole de l’allégation des faits. Pour trancher le différend qui oppose les parties, le juge ne peut asseoir sa décision que sur les éléments qu’elles lui ont apportés.*”

125 Zie over de betekenis en reikwijdte van art. 8:69 lid 3 Awb onder meer R.J.N. Schlössels (2009) p. 35-36; R.W.J. Crommelin (2007) p. 388 e.v. en R.H. de Bock (2004-I) p. 75 e.v.

nieuwe feiten –, levert het invoeren van die bevoegdheid feitelijk niets nieuws op. In paragraaf 2.4 kwam al aan de orde dat waarheidsvinding als een beginsel van het civiele procesrecht is aan te merken en als zodanig is verankerd in tal van wettelijke bepalingen. Onder dit beginsel van waarheidsvinding valt óók de bevoegdheid van de rechter om op eigen initiatief onderzoek naar de feiten te doen. Lees alleen al art. 22 Rv:

*“De rechter kan in alle gevallen en in elke stand van de procedure partijen of een van hen bevelen bepaalde stellingen toe te lichten of bepaalde, op de zaak betrekking hebbende bescheiden over te leggen. (...)”*

Het is niet voor te stellen hoe de rechter invulling zou kunnen geven aan deze bepaling, en hetzelfde geldt voor alle andere bepalingen waarin de rechter de bevoegdheid heeft om de feiten aan een onderzoek te onderwerpen, wanneer zij niet tevens de bevoegdheid heeft om feiten aan te vullen. Wanneer de rechter vraagt om een toelichting op stellingen, partijen vragen stelt over onduidelijkheden, om bepaalde stukken vraagt, de situatie ter plaatse in ogenschouw neemt, gaat het er toch steeds om meer feitelijke informatie te verkrijgen. Dit impliceert dat de rechter nieuwe feiten vergaart, dus feiten aanvult. Zo beschouwd biedt het huidige civiele procesrecht al ruimschoots grondslag voor het op initiatief van de rechter door partijen doen aanvullen van de feiten.

Ook hier geldt dat partijautonomie daaraan niet in de weg staat; wanneer de rechter de bevoegdheid heeft om eigener beweging onderzoek te doen naar de feiten, is daarmee gegeven dat partijen wat dat betreft hun autonomie moeten prijsgeven. Slechts wanneer beide partijen nadrukkelijk wensen dat de rechter bepaalde feiten niet bij haar oordeelsvorming betreft, is er reden voor de rechter zich bij die wens neer te leggen. De bevoegdheid om op deze wijze, door bij partijen door te vragen en informatie in te winnen, feiten aan te vullen, heeft de civiele rechter overigens altijd gehad, zij het niet in de omvang waarvan thans sprake is.

Dat de rechter op deze manier de feiten aanvult, is niet alleen een bevoegdheid van de rechter, maar is ook *noodzaak*. De rechter kán geen aanvaardbare beslissing nemen, wanneer relevante feiten ontbreken. Juist vanwege de samenhang tussen de selectie van de relevante feiten en de te nemen beslissing waarover gesproken is in paragraaf 1.4, ligt het bij uitstek op de weg van de rechter om zo nodig nadere relevante feiten te verzamelen. Het is dan ook niet meer dan vanzelfsprekend dat de rechter de bevoegdheid heeft om op deze wijze de feiten aan te vullen. In het verleden is daarom meermalen voorgesteld de rechter de bevoegdheid te geven feiten aan te vullen.<sup>126</sup>

126 Zie met name de Richtlijnen Dorhout Mees (1948) punt 11. Vergelijk ook Star Busmann-Rutten-Ariëns (1972) nr. 171; K. Wiersma (1966) p. 473-473; C.H. Beekhuis (1960) p. 579; M.L. Kan (1921) p. 26, met verwijzing naar de wetsgeschiedenis van art. 48 Rv (oud).

Ook de ALI/Unidroit-principles geven in principle 22 de rechter de taak om alle relevante feiten en bewijsmiddelen in aanmerking te nemen, om zo een correcte feitelijke basis voor de beslissing te verkrijgen. De rechter kan daartoe partijen uitnodigen hun feitelijke stellingen (én hun juridische stellingen, zie daarover de volgende paragraaf) aan te vullen, binnen de door partijen getrokken buitengrenzen van het geschil, zo blijkt uit de toelichting:

*“22. Responsibility for Determination of Fact and Law*

*22.1 The court is responsible for considering all relevant facts and evidence and for determining the correct legal basis for its decisions, including matters determined on the basis of foreign law.*

*22.2 The court may, while affording the parties opportunity to respond:*

*22.2.1 Permit or invite a party to amend its contentions of law or fact and to offer additional legal argument and evidence accordingly.*

*22.2.2 Order the taking of evidence not previously suggested by a party.*

*22.2.3 Rely upon a legal theory of an interpretation of the facts or the evidence that has not been advanced by a party.”<sup>127</sup>*

Ook de in het Duitse recht neergelegde verplichting voor de rechter om ‘materiële procesleiding’ te geven, houdt (onder meer) in dat de rechter bewerkstelligt dat sprake is van een volledig feitencomplex.<sup>128</sup>

Al met al moet de conclusie hier dan ook zijn dat bezwaren tegen het aanvullen van feiten door de rechter redelijkerwijs niet gericht kunnen zijn tegen initiatieven van de rechter om meer relevante feiten van partijen te verkrijgen. Dit is een logisch gevolg van de rechterlijke onderzoeksbevoegdheden die de wet bevat, én van de rechterlijke taak om zoveel mogelijk recht te doen op basis van alle feiten die voor de beslissing van belang zijn. Partijautonomie staat hieraan niet in de weg; die is in dit opzicht al prijsgegeven met de rechterlijke taak om onderzoek te doen naar de feiten.

### **3.8 Partijautonomie en het aanvullen van rechtsfeiten door de rechter**

Het is aannemelijk dat de bezwaren tegen het aanvullen van feiten zich met name richten tegen het aanvullen van *rechtsfeiten* door de rechter, zoals dat is vervat in art. 24 Rv. Art 24 Rv bepaalt dat de rechter de zaak onderzoekt en beslist op de grondslag van hetgeen partijen aan hun vordering verzoek of verweer ten gronde hebben gelegd, tenzij uit de wet anders voortvloeit. De rechter moet dus binnen

<sup>127</sup> ALI/Unidroit Principles of Transnational Civil Procedure (2004) p. 42-43. In de toelichting is het volgende vermeld: *“The scope of the proceeding, and the issues properly to be considered, are determined by the claims and defenses of the parties in the pleadings. The judge is generally bound by the scope of the proceeding stated by the parties. However, the court in the interest of justice may order or permit amendment by a party, giving other parties a right to respond accordingly.”*

<sup>128</sup> Zie § 139 Abs. 1 ZPO, hierna te citeren in paragraaf 3.8.

de door partijen getrokken grenzen van de door rechtsstrijd blijven. Zie hierover de vaste jurisprudentie van de Hoge Raad:

*“De rechter mag zijn beslissing niet baseren op rechtsgronden of verweren die weliswaar kunnen worden afgeleid uit de in het geding gebleken feiten, maar die door de betreffende partij niet aan zijn vordering of het verweer ten grondslag is gelegd.”*<sup>129</sup>

Naar deze tekst gelezen bevat art. 24 Rv een verbod aan de rechter om rechtsgronden aan te vullen, maar het is duidelijker om hier gebruik te maken van het begrip rechtsfeiten (ook wel aangeduid als de feitelijke grondslag van vordering of verweer), omdat art. 25 Rv de rechter juist gebiedt de rechtsgronden aan te vullen.<sup>130</sup> Om deze ogenschijnlijk tegenstrijdige bepalingen te begrijpen, kan het begrip ‘rechtsfeit’ verheldering bieden.<sup>131</sup> Daarbij kan een onderscheid worden gemaakt tussen gewone feiten, rechtsfeiten en rechtsgronden.<sup>132</sup>

Gewone feiten zijn ‘kale’, ‘blote’ of ‘concrete’ feiten, of wel ‘feiten die zo neutraal mogelijk de werkelijkheid beschrijven’. Rechtsfeiten daarentegen zijn:

*“concrete feiten die zijn voorbereikt doordat zij worden verbonden aan een specifiek rechtsgevolg, om meer juridisch-abstract geformuleerde feiten.”*<sup>133</sup>

Rechtsfeiten hebben derhalve een juridisch-kwalificerend karakter, zij hebben zowel een feitelijk als een juridisch-normatief aspect. De rechtsfeiten behelzen in feite ook al (impliciet of expliciet) een juridisch gevolg; zij vormen als het ware de verbinding tussen de concrete feiten en de ingeroepen rechtsgevolgen.

Wanneer een partij stelt ‘de vrouw liet het raam openstaan’ of ‘de auto is geleverd in december 2008’, worden blote feiten gesteld. Maar deze blote feiten worden rechtsfeiten, wanneer daaraan een juridische of normatieve kwalificatie wordt gevoegd: ‘het was onvoorzichtig van de vrouw om het raam open te laten staan’ of ‘de auto is te laat geleverd’. Ook een gestelde overeenkomst is als een rechtsfeit aan te merken; dat sprake is van een overeenkomst, houdt immers ook al een juridische kwalificatie in.

129 Zie onder meer HR 24 juni 2005, NJ 2006, 46; HR 17 februari 2006, NJ 2006, 158; HR 31 maart 2006, NJ 2006, 233.

130 G.C.C. Lewin (2010) p. 137, spreekt hier over het (verbod op het) aanvullen van de feitelijke grondslag van vordering of verweer.

131 Volgens de Hoge Raad zijn rechtsfeiten ‘feiten en omstandigheden waaruit de eiser het door hem beweerde recht afleidt’, aldus HR 21 mei 1943, NJ 1943, 484. Vergelijk J.J. Vriesendorp (1970) p. 41.

132 Zie hierover met name T.F.E. Tjong Tjin Tai (2003) en A.I.M. van Mierlo (2008), aant. 2 bij art. 24 en aant. 6 bij art. 149 Rv in Tekst & Commentaar Burgerlijke Rechtsvordering. Vergelijk ook C.E. Smith (2004) p. 22-23 en punt 4.2 bij de conclusie van A-G Verkade voor HR 15 september 2006, NJ 2006, 507. Snijders-Klaassen-Meijer (2007) p. 49, spreekt over feiten, feitelijke gronden en rechtsgronden.

133 T.F.E. Tjong Tjin Tai (2003) p. 31.



De door partijen naar voren gebrachte rechtsfeiten vormen tezamen de feitelijke grondslag van de vordering of het verweer. Art. 24 Rv beoogt te voorkomen dat de rechter deze rechtsfeiten, dus de feitelijke grondslag van de vordering of het verweer, aanvult. Dit is de taak van partijen. Een uitzondering hierop doet zich voor wanneer sprake is van rechtsregels van openbare orde; deze moet de rechter toepassen ook wanneer daartoe niet de vereiste rechtsfeiten zijn gesteld.

Vervolgens is het de taak van de rechter om op de gestelde rechtsfeiten de juiste rechtsgronden toe te passen. Dit betekent dat de rechter de toepasselijke rechtsregel bij de gestelde rechtsfeiten moet zoeken: ‘de vrouw heeft een zorgvuldigheidsnorm geschonden door het raam open te laten staan’ of ‘de te late levering van de auto levert een toerekenbare tekortkoming op’. Het toepassen van de rechtsgronden is dus vooral een juridische vertaalslag van de door partijen gestelde rechtsfeiten. Geconstateerd moet worden dat het hiervoor geschetste samenspel tussen de art. 24 Rv, 25 Rv en 149 Rv in zijn toepassing problematisch is. Dit blijkt ook uit de ondoordringbaarheid van de rechtspraak die rond art. 24 en 25 Rv is gevormd.

Daarvoor zijn verschillende redenen aan te wijzen. In de eerste plaats is het onderscheid tussen feiten en rechtsfeiten diffuus. Wanneer een partij stelt ‘dat te laat geklaagd werd over de kwaliteit van het gekochte en dat daardoor het klacht-recht is vervallen’, wordt een rechtsfeit gesteld. De rechter is gehouden dit rechtsfeit te vertalen als een beroep op art. 7:23 lid 1 BW, dat bepaalt dat binnen bekwame tijd kennisgeving van het gebrek aan de verkoper dient plaats te vinden. Maar hoe zit het wanneer wordt aangevoerd ‘dat het ontzettend lang duurde voordat geklaagd werd’? Is dan ook een rechtsfeit gesteld? En wanneer wordt volstaan met de mededeling ‘dat na twee jaar geklaagd werd’?

Ook Tjong Tjin Tai wijst op dit probleem. Volgens hem is bepalend of een partij een *normatief standpunt* inneemt ten aanzien van de feiten; slechts dan is sprake van een rechtsfeit. Dit impliceert dat een partij eigenlijk nooit kan volstaan met een ‘kaal’ feitenrelaas; op zijn minst moet duidelijk zijn welke gevolgtrekking de partij daaruit wenst te trekken, welk rechtsfeit zij wenst te stellen.<sup>134</sup> Dit is ook wat Van Schilfgaarde betoogt:

*“Aan het feit op zichzelf, het blote feit, heeft de rechter geen boodschap. (...) De feiten moeten worden aangekleed, willen zij als rechtsfeit kunnen functioneren. Een civiele procedure, waarin partijen tegen over elkaar staan, is grotendeels een strijd om die aankleding.”*<sup>135</sup>

De mededeling ‘dat het ontzettend lang duurde voordat geleverd werd’, is dan een rechtsfeit; de enkele constatering ‘dat na twee jaar geleverd werd’ is geen rechtsfeit. Maar die laatste constatering wordt misschien weer wel een rechtsfeit wanneer daaraan wordt toegevoegd ‘terwijl was afgesproken dat binnen drie maanden zou

<sup>134</sup> T.F.E. Tjong Tjin Tai (2002) p. 32.

<sup>135</sup> P. van Schilfgaarde (2000) p. 247.

worden geleverd'. Het zal duidelijk zijn dat het hier te maken onderscheid heel lastig is en van geval tot geval op een interpretatie van de processtukken van partijen berust.

Hierbij komt dat feiten in de juridische procedure *altijd* met het oog op een bepaald doel naar voren worden gebracht – het winnen van de procedure –, zodat goed te verdedigen is dat elke stelling van een partij een normatief standpunt ten aanzien van de feiten behelst en elk feit eigenlijk een rechtsfeit is. Dit sluit aan bij wat is betoogd in paragraaf 3.6: elke stelling van een partij is een *rechtspreuk*.<sup>136</sup> Het is de taak van de rechter om vanuit dit gezichtspunt de processtukken te interpreteren; bovendien moet de rechter nagaan of ook de wederpartij kon begrijpen dat de betreffende stelling een bepaald normatief standpunt inhield.

In deze gedachtengang is het verschil tussen feiten en rechtsfeiten echter nauwelijks meer te maken, waarmee het lastig wordt om aan te geven wanneer sprake is van een verboden aanvulling van de feitelijke grondslag van de vordering of het verweer, dan wel van een toegestane (en voorgeschreven) aanvulling van de rechtsgronden van de vordering of het verweer.

Een tweede reden waarom het geschetste systeem problematisch is, is dat het innemen van een normatief standpunt ten aanzien van de feiten een toereikende kennis van het recht veronderstelt. Wanneer een partij niet op de hoogte is van de regel dat een klachtrecht van de koper vervalt wanneer niet binnen bekwame tijd geklaagd is, zal zij, al aangenomen dat zij feitelijk stelt dat het lang duurde voordat geklaagd werd, op dit punt geen normatief standpunt ('té lang') innemen, evenmin als een normatief standpunt pleegt te worden ingenomen ten aanzien van bijvoorbeeld de weersomstandigheden. In zo'n geval ziet de rechter zich voor het dilemma geplaatst of zij een partij wil laten struikelen op de nalatigheid of onkunde van haar raadsman, of dat zij een partij de helpende hand toesteekt en het normatieve standpunt, het rechtsfeit, maar in de stukken inleest zodat zoveel mogelijk recht kan worden gedaan aan de materiële rechtspositie van partijen.

Deze problematiek krijgt, met name vanuit het oogpunt van ongelijkheidcompensatie, een nieuwe dimensie nu binnen afzienbare termijn<sup>137</sup> in het civiele recht in procedures met een belang tot € 25.000,- zonder advocaat of andere procesgemachtigde mag worden geprocedeerd. De gemiddelde burger, die procedeert zonder procesgemachtigde, zal over onvoldoende kennis van het recht beschikken om de juiste rechtsfeiten naar voren te brengen. Zelfs het naar voren brengen van de 'gewone' feiten kan nog een heel probleem vormen, zo leert de praktijk.

Een derde reden waarom het stelsel van art. 24 Rv, art. 25 Rv en art. 149 Rv in zijn uitwerking problematisch is, is dat ook de grens tussen rechtsfeiten, die

<sup>136</sup> S. Gerbrandy (1961) p. 27.

<sup>137</sup> Ten tijde van de afronding van dit manuscript is de invoeringsdatum van de verhoging van de competentiegrens in kantonzaken nog niet bekend.

de rechter niet mag aanvullen, en rechtsgronden – die de rechter juist móet aanvullen –, onscherp is.<sup>138</sup>

Het gebod om rechtsgronden aan te vullen behelst het juridisch benoemen of vertalen van feiten.<sup>139</sup> Zoals hiervoor bleek, vindt dit gebod echter zijn begrenzing in het aanvullen van rechtsfeiten, wat de rechter niet is toegestaan. Wanneer niet duidelijk is wanneer een rechtsfeit gesteld is, vloeit daaruit voort dat evenmin duidelijk is wanneer de rechter gehouden is om rechtsgronden aan te vullen.

Als de rechter zekerheidshalve zou kiezen om slechts wanneer overduidelijk een rechtsfeit is gesteld, tot het aanvullen van rechtsgronden over te gaan, rijst de vraag of daarmee nog wel recht wordt gedaan aan het doel van art. 25 Rv, namelijk dat de rechter zelfstandig en in beginsel onafhankelijk van hetgeen partijen daarover hebben aangevoerd, dient na te gaan of en, zo ja, op welke juridische grondslag de vastgestelde feiten de vordering kunnen dragen of het verweer doen slagen, ook indien partijen zelf deze rechtsregels niet of de verkeerde rechtsregels naar voren hebben gebracht.<sup>140</sup> Het gevaar bestaat dat het voorschrift dat de rechter de rechtsgronden moet aanvullen, wordt uitgehold door de regel dat geen rechtsfeiten mogen worden aangevuld. Het gebod van art. 25 wordt wel erg mager wanneer het slechts inhoudt dat de rechter gehouden is een ‘juridische vertaalslag’ te maken van alle door partijen reeds aangevoerde rechtsfeiten. De bepaling heeft een ruimere strekking, zoals ook Vriesendorp stelt over de voorganger van art. 25 Rv, art. 48 Rv (oud):

*“Alles om de wezenlijke functie van art. 48 Rv nog sterker te bevorderen: een zaak tot haar recht te doen komen.”*<sup>141</sup>

Het doel van de rechterlijke verplichting om rechtsgronden aan te vullen, is dan veel breder dan het maken van een ‘juridische vertaalslag’, namelijk het zoveel mogelijk bewerkstelligen dat binnen de door partijen gemaakte omlijning van hun geschil, het materiële recht tot gelding komt, en dat de rechter ‘*door het voeren van een actief procesbeleid bevordert dat op basis van de werkelijke geschilpunten wordt gedebatteerd*’,<sup>142</sup> zodat ook op die geschilpunten kan worden beslist.

Daarmee wordt dichterbij de buurt gekomen bij wat de Hoge Raad als de kern van het aanvullen van rechtsgronden omschrijft:

*“[de verplichting van de rechter] om ambtshalve en onafhankelijk van enige door die partij aangehangen rechtbeschouwing te onderzoeken of de door deze tijdens het geding*

138 Idem J.J. Vriesendorp (1982) p. 19;

139 R.W.J. Crommelin (2007) p. 161; J.J. Vriesendorp (1970) p. 55 e.v.

140 G.C.C. Lewin 92010) p. 141 e.v., noemt dit ‘de plicht tot het ambtshalve toepassen van rechtsregels van voldoende gewicht’.

141 J.J. Vriesendorp (1982) p. 115.

142 J.J. Vriesendorp (1982) p. 38.

*aan haar vordering ten grondslag gelegde feiten die vordering kunnen dragen. Dit is slechts anders, indien moet worden aangenomen dat de eisende partij haar vordering uitsluitend beoordeeld wenst te zien op basis van een rechtsverhouding die aan die kwalificatie beantwoordt.*<sup>143</sup>

Met name door die laatste toevoeging wordt het accent toch wat anders gelegd dan soms in de literatuur is te lezen. Het gaat er namelijk om dat voor een aanvulling van rechtsgronden alleen dan geen plaats is, wanneer duidelijk is dat partijen dat niet willen, dus wanneer partijen *bewust* bepaalde rechtsfeiten niet naar voren hebben gebracht.

Een vierde reden voor de problematiek is dat het begrip rechtsgronden of rechtsnormen van ‘openbare orde’ zich niet eenvoudig laat afbakenen. Een gebruikelijke omschrijving is dat het hier gaat om normen die betrekking hebben op rechten en rechtsregels waarover partijen niet de vrije beschikking hebben.<sup>144</sup> Daarbij is er *communis opinio* dat, anders dan uit deze omschrijving zou kunnen worden afgeleid, het niet gaat om alle rechtsregels die van dwingend recht zijn. Van rechtsregels van openbare orde is alleen sprake wanneer daarmee de handhaving van het algemeen belang is gemoeid, of, zoals ook wel wordt gezegd, wanneer het gaat om regels die de fundamenten raken van de maatschappelijke orde, de algemeen aanvaarde grondvesten van ons rechtssysteem.<sup>145</sup> Hiermee is echter geen duidelijk inhoudelijke afbakening gegeven van rechtsregels van openbare orde; het begrip blijft mistig, zoals al vaak is geconstateerd.<sup>146</sup> Daarom wordt in de handboeken meestal volstaan met het geven van een opsomming van rechtsregels die in de loop der tijd zijn aangemerkt als rechtsregels van openbare orde. Dat zijn dan in hoofdzaak regels die betrekking hebben op de rechtsmacht van de rechter, regels van absolute en relatieve competentie en regels over wettelijke (beroeps)termijnen.<sup>147</sup>

Uit de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie blijkt echter dat van de rechter gevraagd wordt ambtshalve toepassing te geven aan dwingende en fundamentele rechtsregels die zijn vervat, zo is tot nu toe beslist, in het EG-Verdrag en op het terrein van de consumentenbescherming, wanneer dat vereist wordt door, onder meer,<sup>148</sup> een effectieve rechtsbescherming.<sup>149</sup> Of deze rechtspraak tot

143 HR 15 mei 1998, NJ 1998, 625.

144 Zie oorspronkelijk HR 17 december 1925, NJ 1926, 193.

145 A.S. Hartkamp (2007) p. 16.

146 Zie onder meer A.S. Hartkamp (2008) p. 16; Asser-Vranken (1995) p. 34; L.D. Pels Rijcken (1983) p. 163 e.v.; Snijders-Wendels (2009) p. 218 e.v. Vergelijk ook G.C.C. Lewin (2010) p. 159 e.v.

147 Zie voor een overzicht onder meer Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent (2009) p. 153 e.v.; Veegens-Korthals Altes-Groen (2005) p. 289; Snijders-Wendels (2009) p. 219-220; Ras-Hammerstein (2004) p. 53 e.v.

148 Zie voor een overzicht van de gronden waarop een verplichting tot het ambtshalve toepassen van Europees recht kan berusten, A.S. Hartkamp (2010).

gevolg heeft dat de Nederlandse rechter ook (Europeesrechtelijke) rechtsfeiten moet aanvullen wanneer geen sprake is van rechtsgronden van openbare orde, of dat het begrip ‘rechtsgronden van openbare orde’ zoals dat in ons recht fungeert, moet worden uitgebreid, is onderwerp van discussie.<sup>150</sup> Het valt buiten het bestek van deze verhandeling om uitvoerig op deze discussie in te gaan. Het gemeenschapsrecht vereist, zo is wellicht de beste samenvatting van de huidige stand van zaken, ‘*dat in ieder afzonderlijk geval bij de toepassing [van regels van Europees recht – RHdB] wordt stilgestaan en (...) de Nederlandse civiele rechter zich de kritische vraag dient te stellen in hoeverre de litigieuze regel die ambtshalve toetsing verhindert, eigenlijk gerechtvaardigd kan worden*’.<sup>151</sup> Kortom, wanneer Europeesrechtelijke regels in het geding zijn, kan toepassing van de art. 24 Rv en 25 Rv tot een andere uitkomst leiden.

De hiervooresignaleerde problemen bij de toepassing van het stelsel van de art. 24 Rv, 25 Rv en art. 149 Rv zouden voor een deel kunnen worden voorkomen wanneer minder krampachtig wordt vastgehouden aan het verbod voor de rechter om rechtsfeiten aan te vullen en soepeler zou worden omgegaan met het verbod om de feitelijke gronden van eis of verweer aan te vullen. Uiteraard is het van wezenlijk belang dat de rechter de rechtsfeiten niet *buiten partijen om* aanvult; steeds moet de rechter eerst aan partijen vragen wat hun standpunt is over het betreffende rechtsfeit. Evenzo is het van wezenlijk belang dat de rechter partijen niet overvalt met een aanvulling van rechtsgronden en daarmee een zogenoemde verrassingsbeslissing geeft.

Een soepeler omgang met het aanvullen van rechtsfeiten zou aansluiten bij de rechtspraak van de Hoge Raad in de afgelopen jaren, waarin het leerstuk van de

149 Voor wat betreft de eerste categorie: HvJ EG 1 juni 1999, C-126/97, Jurispr. 1999, p. I-3055 (Eco Swiss); HvJ EG 13 juli 2006, C-295/04, NJ 2007, 34 m.nt. M.R. Mok (Manfredi). Idem HR 3 december 2004, NJ 2005, 118 m.nt. M.R. Mok (Vreugdenhil/BVH). De tweede categorie: HvJ EG 9 november 2010, C-137/08 (Pénzügyi); HvJ EG 17 december 2009, C-227/08, LJN BK7889 (Martín); HvJ EG 6 oktober 2009, C-40/08, NJ 2010, 11 m.nt. M.R. Mok (Asturcom Telecomunicaciones); HvJ EG 4 oktober 2007, C-429/05, NJ 2008, 37 m.nt. M.R. Mok (Rampion); HvJ EG 26 oktober 2006, C-168/05, NJ 2007, 201 m.nt. M.R. Mok (Mostaza Claro); HvJ EG 21 november 2002, C-473/00, Jr. 2002, p. I-10875, NJ 2003, 703 m.nt. M.R. Mok (Codifis); HvJ EG 21 november 2002, NJ 2003, 703 m.nt. M.R. Mok; HvJ EG 27 juni 2000, C-240/98, NJ 2000, 730 (Océano).

150 Sommige auteurs menen dat de Europeesrechtelijke rechtspraak min of meer past binnen de bestaande Nederlandse (civiel)procesrechtelijke kaders; anderen bepleiten een ruimere interpretatie van de verplichting om ambtshalve rechtsgronden toe te passen. Zie onder meer de annotaties van M.R. Mok bij de in de vorige noot genoemde arresten; H.B. Krans (2010) p. 42 e.v.; H.J. Snijders (2008); A.S. Hartkamp (2007); H.J. Snijders (2007); C.M.D.S. Pavillon (2007); M. Freudenthal en R.H. van Ooik (2007); J.H. Jans e.a. (2007) p. 308-317; M. Wissink (2001) p. 351-368. Vergelijk over ambtshalve toepassing van Europese rechtsgronden in het bestuursrecht nog A.G.F. Ancery (2009); A.M. Keessen (2006); J.H. Jans (2005). Zie over de wijze waarop de Europese rechter zelf ambtshalve toetst D.J.M. de Grave (2009).

151 M. Freudenthal en R.H. van Ooik (2007) p. 70.

verboden aanvulling van rechtsfeiten (feitelijke gronden) steeds meer in de sleutel van het beginsel van hoor en wederhoor wordt gezet.<sup>152</sup> Dit betekent dat zolang de rechter niet het beginsel van hoor en wederhoor schendt maar partijen in de gelegenheid stelt te reageren op de door de rechter voorgestelde aanvulling van rechtsfeiten, die aanvulling is toegestaan. Zo werd een onmiskenbare aanvulling van de feitelijke grondslag door de Raad accoord bevonden, omdat beide partijen zich daarover hadden kunnen uitlaten en de wederpartij geen bezwaar had gemaakt tegen de aanvulling.<sup>153</sup>

Het grote voordeel van een soepeler omgang met het aanvullen van rechtsfeiten is dat meer recht wordt gedaan aan de materiële rechtspositie van partijen. Niet langer worden belangrijke rechtsgronden buiten toepassing gelaten wegens onkunde of slordigheid van de procesgemachtigde, omdat nu eenmaal geen toereikende rechtsfeiten zijn gesteld.

Bovendien kan aldus ook rekening worden gehouden met de situatie, waarmee de civiele rechter op ruime schaal te maken krijgt, dat zonder procesgemachtigde wordt geprocedeerd. Een van de argumenten in het bestuursprocesrecht voor de bevoegdheid van de rechter om feiten aan te vullen, is het ontbreken van verplichte procesvertegenwoordiging. Om ervoor te zorgen dat de zonder gemachtigde procederende burger toch zijn recht zou kunnen krijgen, werd het als een taak van de rechter gezien om de burger zonodig de helpende hand te bieden. Nu ook grote delen van het civiele procesrecht zonder procesvertegenwoordiging kunnen worden betreden, ligt het voor de hand de taakopvatting van de civiele rechter daarop aan te passen, in die zin dat de rechter zich actiever opstelt wanneer een partij geen professionele procesgemachtigde heeft.<sup>154</sup> Een dergelijke gedifferentieerde procesopstelling van de rechter is overigens geen vreemde eend in het civiele procesrecht, nu het al lang gemeengoed is dat de rechter rekening houdt met de informatieachterstand die een partij heeft.<sup>155</sup> In feite wordt hiermee in het civiele procesrecht

152 Idem R.J.W. Crommelin (2007) p. 182, met verwijzing naar HR 1 oktober 2004, NJ 2005, 92; HR 7 februari 2006, NJ 2006, 158; HR 10 februari 2006, NJ 2006, 241.

153 HR 14 maart 2008, NJ 2008, 466 m.nt. J.M.M. Maeijer; HR 26 september 2003, NJ 2004, 460 m.nt. JBMV bij NJ 2004, 461.

154 Vergelijk de reactie op het Eindrapport fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht, Asser-Groen-Vranken, Tzankova (2006), van minister Hirsch Ballin: *“Naarmate er meer scheefgroei is tussen de partijen (de “informatieasymmetrie”) lijkt de rechter geneigd zich actiever op te stellen. De keuze voor een bepaalde mate van differentiatie met deels wel en deels geen verplichte procesvertegenwoordiging beïnvloedt daarmee de facto de verhouding tussen partijen en de rechter.”* (TK 2006-2007, 30 951 nr. 1, p. 13).

155 Zie de rechtspraak over de verzwaarde stelplicht, waarover nader paragraaf 5.8. Vergelijk hier ook de wetsgeschiedenis bij de bepaling die de rechter de bevoegdheid geeft om partijen om inlichtingen of stukken te vragen: *“Wat ten aanzien van het sanctiestelsel is opgemerkt, geldt ook hier: het voorgestelde stelsel biedt ruimte voor de flexibiliteit die nodig is om rekening te houden met, bijvoorbeeld, de aard van de zaak of de hoedanigheid van procespartijen.”* Parlementaire geschiedenis herziening burgerlijk procesrecht (2002) p. 156.

ook aan ongelijkheidscompensatie gedaan, net als in het bestuursprocesrecht<sup>156</sup> en in het materiële civiele recht.<sup>157</sup> Uiteindelijk is dat misschien ook de kern om te pleiten vóór een actieve rol van de rechter, zo zegt Hartzfeld:

*“Het principiële argument voor souvereiniteit [van de rechter – RHdB] ligt alzo in afkeer van de zegepraal van het recht van den sterkste.”*<sup>158</sup>

Voor een ruimhartiger opstelling bij het aanvullen van rechtsgronden kan inspiratie worden gevonden in het Duitse recht, waar in § 139 Zivilprozessordnung (ZPO) de rechterlijke ‘Aufklärungs- und Hinweispflicht’ is neergelegd, die ook wel wordt aangeduid als de *materiële procesleiding* van de rechter:

*1. Das Gericht hat das Sach- und Streitverhältnis, soweit erforderlich, mit den Parteien nach der tatsächlichen und rechtlichen Seite zu erörtern und Fragen zu stellen. Es hat dahin zu wirken, dass die Parteien sich rechtzeitig und vollständig über alle erheblichen Tatsachen erklären, insbesondere ungenügende Angaben zu den geltend gemachten Tatsachen ergänzen, die Beweismittel bezeichnen und die sachdienlichen Anträge stellen.*  
*2. Auf einen Gesichtspunkt, den eine Partei erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat, darf das Gericht, soweit nicht nur eine Nebenforderung betroffen ist, seine Entscheidung nur stützen, wenn es darauf hingewiesen und Gelegenheit zur Äußerung dazu gegeben hat. Das selbe gilt für einen Gesichtspunkt, den das Gericht anders beurteilt als beide Parteien.*  
 (...)

De rechter moet dus, voor zover dat nodig is, met partijen van gedachten wisselen over de feitelijke én de juridische aspecten van hun rechtsverhouding en geschilpunten en partijen daarover zo nodig vragen stellen. Voorts moet de rechter partijen zo nodig wijzen op bepaalde juridische aspecten van hun geschil, die zij over het hoofd hebben gezien. Hoewel de materiële procesleiding van de rechter ook in het Duitse recht wordt begrensd door de vrijheid van partijen om zelf hun geschil af te bakenen, heeft de rechter dus wel de bevoegdheid om rechtsgronden waarover partijen zelf nog niet hadden gerept, onder hun aandacht te brengen. De rechter moet hier zorgvuldig manoeuvreren: niet optreden als raadsman van een der partijen, maar wel streven naar een zorgvuldige afdoening van het geschil. Overigens kent het procesrecht van de Nederlandse Antillen en Aruba een bepaling die in haar uitwerking behoorlijk in de buurt komt van de materiële procesleiding uit het Duitse

156 Zie over ongelijkheidscompensatie in het bestuursrecht Parlementaire geschiedenis Algemene wet bestuursrecht (1994) p. 172 e.v.; A.G. van Galen en H.Th.J.F. van Maarseveen (1978) p. 130; L.J.A. Damen e.a. (2009) p. 64 en p. 67-68; R.J.N. Schlössels (2003).

157 Zie over ongelijkheidscompensatie in het civiele recht onder meer L. Betten e.a. (1997); S. Mutluer en C.E.C. Jansen (2007); H.W.J. Alt (2009), *Ongelijkheidscompensatie bij stelplecht en bewijslast in het civiele arbeidsrecht en het ambtenarenrecht*, alsmede de in paragraaf 3.1 genoemde literatuur.

158 C.A.J. Hartzfeld (1907) p. 168.

recht, namelijk de in art. 118 RvNA neergelegde rechterlijke bevoegdheid om partijen opmerkzaam te maken op rechts- en bewijsmiddelen die zij kunnen aanwenden.<sup>159</sup> De bevoegdheid die deze bepaling schept, zo stelt Lewin, wordt veel vaker gebruikt dan partijen (en misschien ook de rechter) zich realiseren, en kan een grote invloed hebben op de (af)loop van een geding.<sup>160</sup>

Dat de rechter dergelijke bevoegdheden zou moeten hebben, is al lang geleden voorgesteld in de Richtlijnen Dorhout Mees en recentelijk weer bepleit door de Commissie Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht.<sup>161</sup> Zoals gezegd, stuiten de laatstbedoelde voorstellen op veel kritiek,<sup>162</sup> hoewel er ook enkele instemmende geluiden waren.<sup>163</sup>

Een eerste, veel aangevoerd argument in de kritiek is dat de rechterlijke bevoegdheid om partijen te wijzen op leemtes of omissies in de feitelijke of juridische grondslag van hun stellingen, in strijd zou zijn met de partijautonomie.<sup>164</sup> Dit argument kenmerkt zich door een tautologisch karakter: de rechter mag deze bevoegdheid niet krijgen omdat dit in strijd is met de partijautonomie, want partijautonomie moet zo worden begrepen dat het de rechter verbiedt partijen dergelijke suggesties te doen.

Partijautonomie is echter niet een duidelijk en vastomlijnd begrip. Zoals hiervoor werd besproken, houdt processuele partijautonomie in dat partijen, althans de eisende partij, de vrijheid hebben om al of niet te procederen en kunnen partijen bepalen wat het onderwerp is van die procedure. Maar vanaf het moment dat partijen de procedure ingaan, zijn zij onderworpen aan de regels van het procesrecht. De rechter heeft een eigen verantwoordelijkheid om in het geding een aanvaardbare beslissing te nemen, die zoveel mogelijk moet berusten op het juiste en volledige feitencomplex en bovendien zoveel mogelijk recht doet aan de mate-

159 Zie hierover G.C.C. Lewin (2010) p. 117 e.v., (2009) p. 89 en (2006) p. 2002 e.v. Vergelijk ook Van Mierlo, Meijer en Beijer (2000) p. 30; Hugenholtz/Heemskerk/Groefsema (2009) p. 84-85.

160 G.C.C. Lewin (2010) p. 118.

161 Richtlijnen Dorhout Mees (1948), punt 11 en Asser-Groen-Vranken, Tzankova (2003) p. 83; Asser-Groen-Vranken, Tzankova (2006) p. 59.

162 Zie de al in de inleidende paragraaf van dit hoofdstuk aangehaalde kritiek; vergelijk ook A.C. van Schaick (2009), die fel tegen is.

163 H.C.F. Schoordijk (2004) en H.J. Snijders (2003) p. 1700. Positief was ook de reactie van de Minister van Justitie (TK 2006-2007, 30 951, nr. 1 p. 13): “*Denkbaar is dat aan de algemene bepalingen in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering een bepaling wordt toegevoegd die verduidelijkt dat de rechter binnen de grenzen van de goede procesorde partijen ambtshalve mag wijzen op mogelijkheden om hun stellingen en feiten aan te vullen.*”

164 Vooral het voorbeeld van de Commissie, dat de rechter een partij zou moeten kunnen wijzen op het mogelijk verjaard zijn van een vordering, riep veel weerstand op. Toch is het niet zo’n extreem voorbeeld, want ook de Duitse rechter kan onder omstandigheden een dergelijke bevoegdheid hebben, namelijk wanneer een partij geen procesgemachtigde heeft, maar ook wanneer een partij “*erkennbar auch wegen des Zeitablaufs Bedenken gegen den Anspruch erhebt.*” Zie Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann (2009) p. 708 en p. 161.



riële rechtspositie van partijen.<sup>165</sup> Partijautonomie is na aanvang van de procedure geen relevant gezichtspunt meer, tenzij partijen gezamenlijk het geschil aan het rechterlijk oordeel willen onttrekken of wanneer een partij expliciet te kennen geeft, zoals hiervoor al werd vermeld, haar vordering uitsluitend op een bepaalde grondslag beoordeeld te willen zien, of wanneer beide partijen uitdrukkelijk willen dat bepaalde feiten niet bij de rechterlijke beoordeling worden betrokken.

Bovendien is het de vraag of achter het beroep op de autonomie van partijen in feite niet de wens schuilgaat om mogelijke verzuimen van een partij – meestal: haar raadsman – aan het oog te onttrekken. Actueel is nog steeds wat Pels Rijcken hierover schrijft in verband met partijautonomie en de omvang van de rechtsstrijd in hoger beroep:

*“Heeft een partij echter tot procederen of tot aanwending van een rechtsmiddel besloten dan heeft hij slechts één doel voor ogen, namelijk een voor hem zo gunstig mogelijke uitspraak te verkrijgen. Wanneer een partij niet alle punten – met name niet alle relevante rechtspunten – die voor dit doel bevorderlijk kunnen zijn, in zijn appelmemoirie aan de appelrechter voorlegt, geschiedt dat niet om die punten willens en wetens aan de beoordeling door de appelrechter te onthouden, maar is dat te wijten aan onvoldoende kennis of ervaring van zijn raadsman, of aan een door deze begane omissie, die veelal wordt veroorzaakt door slordigheid, tijdnood of te zware werkdruk.”*<sup>166</sup>

Een partij die een vordering voorlegt aan de rechter, wil die vordering toegewezen krijgen, waarbij het haar doorgaans niet zal uitmaken op welke grondslag, op basis van welk rechtsfeit dat is. De gedachte dat het verzuim van een partij om een bepaald rechtsfeit aan te voeren, moet worden gerespecteerd omdat dit op een welbewuste keuze zou berusten, is een fictie, zoals Pels Rijcken stelt. Ras noemt het beroep op de autonomie van een partij in zo’n geval zelfs *cynisch*.<sup>167</sup>

Ook een tweede argument tegen een ruimere bevoegdheid voor de rechter om rechtsgronden aan te vullen, namelijk dat de rechterlijke onafhankelijkheid hiermee onder druk zou komen te staan, overtuigt niet. De discussie gaat over een meer of minder actieve opstelling van de rechter; die discussie vervuult wanneer daarin de rechterlijke onafhankelijkheid wordt ingebracht. Het is in feite ook een achterhaald gezichtspunt: al in 1973 constateerde Cappelletti dat ondanks alle verschillen die er zijn tussen de verschillende rechtsstelsels voor wat betreft de mate waarin de civiele rechter actief is, algemeen gedeeld wordt het standpunt dat rechterlijke activisme niet conflicteert met het ideaal van een onafhankelijke rechter.<sup>168</sup>

<sup>165</sup> Idem H.C.F. Schoordijk (2004) p. 167.

<sup>166</sup> L.D. Pels Rijcken (1983) p. 173; vergelijk idem H.C.F. Schoordijk (2004) p.165.

<sup>167</sup> Ras (1971) p. 100. Vergelijk ook G.C.C. Lewin (2006) in verband met art. 118 RvNA.

<sup>168</sup> Mauro Cappelletti (1989) p. 250-252. Oorspronkelijk gepubliceerd in 1973, naar aanleiding van de Florence-Conferentie of the International Association of Legal Science, waarvan de verschillende bijdragen zijn opgenomen in *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation* (M. Cappelletti en D. Tallon (eds.) 1973

Natuurlijk moet de rechter onbevooroordeeld zijn en daarom moet de rechter zich ervoor hoeden om (voortijdig) het gezichtspunt van één partij over te nemen en in die zin met één partij ‘mee te procederen’.<sup>169</sup> De rechter moet het partij-evenwicht bewaken, het beginsel van hoor en wederhoor in acht nemen en de rechter moet geen verrassingsbeslissingen nemen. Maar wat kan het doel van de rechter anders zijn dan een aanvaardbare beslissing te nemen, op basis van een zoveel mogelijk met de werkelijkheid overeenstemmende feitenvaststelling en zoveel mogelijk in overeenstemming met de materiële rechtspositie van partijen? En zelfs als zou worden aangenomen dat vooringenomenheid of partijdigheid een groter gevaar is voor een actieve rechter dan voor een passieve rechter, dan nog weegt dat nadeel niet op tegen de voordelen van een actieve rechter.<sup>170</sup>

### 3.9 Samenvatting

In dit hoofdstuk is besproken wat de rechterlijke afhankelijkheid van partijen betekent voor de waarheidsvinding in de procedure. Dat de rechter in een aantal opzichten afhankelijk is van partijen, staat buiten kijf. Zo zijn het partijen – om precies te zijn: de eisende partij – en niet de rechter, die een procedure aanhangig maken en die in beginsel beslissen welke partijen betrokken zijn in de procedure. Bovendien is het de taak van partijen om het onderwerp van hun geschil te formuleren en te bepalen over welke geschillen de rechter een beslissing moet nemen. Daarmee bepalen partijen de buitengrenzen van de waarheidsvinding. De bevoegdheden die partijen op deze punten hebben, kunnen als de kern van de processuele partijautonomie worden gezien (*paragraaf 3.2*).

De bevoegdheid van een partij om haar wederpartij te kiezen, geldt niet onverkort; ook derden kunnen zich in de procedure mengen. In dit opzicht moeten partijen al direct een deel van hun autonomie inleveren. In het belang van de waarheidsvinding verdient het aanbeveling de rechter hier de bevoegdheid te geven ambtshalve derden in het geding te doen oproepen (*paragraaf 3.3*).

Met het bepalen van de buitengrenzen van de waarheidsvinding is de partijautonomie in feite ook goeddeels uitgeput, omdat van de vrijheid die partijen vanouds wordt toebedacht om ook *binnen* die buitengrenzen te bepalen of, hoe en waarover de rechterlijke waarheidsvinding plaatsvindt, niet veel meer over is. Hierbij is met name te wijzen op de rechterlijke onderzoeksbevoegdheden en op de waarheidsplicht van partijen. Om met dat laatste te beginnen: de waarheidsplicht staat in de weg aan het naar eigen inzicht van partijen stellen of juist verzwijgen van feiten; partijen zijn gehouden de feiten naar waarheid en zo volledig mogelijk naar voren te brengen. Dit betekent dat de vrijheid die partijen traditioneel wordt toebedacht om

<sup>169</sup> Vergelijk ook J.P.A.N. Caroli (1907) p. 61.

<sup>170</sup> Zie reeds C.A.J. Hartzfeld (1907) p. 165, die benadrukt dat het wat dit betreft uiteindelijk en onvermijdelijk (“*zolang de rechtspraak in handen van mensen blijft*”) gaat om de kwaliteit van de individuele rechter.

zelf te bepalen of zij door de wederpartij gestelde feiten al dan niet betwisten, achterhaald is. Een dergelijke vrijheid is niet te verenigen met de waarheidsplicht van partijen (*paragraaf 3.4*).

Partijautonomie kan hier op haar best omschreven worden als de vrijheid van een partij om vanuit haar perspectief, naar eigen inzicht een verhalende structuur in de feiten aan te brengen. Die verhalende structuur is nodig om aan de rechter duidelijk te maken waarover het geschil eigenlijk gaat. Partijautonomie is dan de vrijheid van een partij om haar eigen verhaal in de procedure naar voren te brengen (*paragraaf 3.5*).

De rechter zelf moet ook een verhalende structuur in de feiten aanbrengen, om het proces van de selectie van feiten en oordeelsvorming te kunnen volbrengen. De rechter heeft het verhaal nodig om de feiten te kunnen structureren en keuzes te kunnen maken. Hierbij moet de rechter zich echter behoedzaam opstellen en niet te snel het verhaal vastleggen; eerst moet de rechter zoveel mogelijk doorvragen. Uitgestelde oordeelsvorming is vereist om te voorkomen dat de rechter te snel conclusies trekt, omdat zij al meent te weten hoe het verhaal in elkaar steekt, zonder dat zij over alle informatie beschikt (*paragraaf 3.6*).

Voorts geldt dat de rechterlijke onderzoeksbevoegdheden de rechter ten dienste zijn gesteld om binnen de buitengrenzen de feiten zo volledig mogelijk en zoveel mogelijk in overeenstemming met de werkelijke gang van zaken vast te stellen. De rechter mag zich niet neerleggen bij feiten waarvan het vermoeden bestaat dat zij niet correct zijn; zij heeft op dit punt een eigen verantwoordelijkheid. Een noodzakelijke consequentie van de taak van de rechter om onderzoek te doen naar de feiten, is dat de rechter de bevoegdheid heeft om feiten aan te vullen (*paragraaf 3.7*).

In het verlengde van de rechterlijke bevoegdheid om feiten aan te vullen ligt de bevoegdheid om rechtsfeiten aan te vullen. Hierbij gaat het niet om ‘gewone’ feiten, maar om feiten die ook een juridisch-normatief aspect hebben. Naar de heersende leer mag de rechter slechts rechtsgronden en geen rechtsfeiten aanvullen. Bepleit is echter om de rechter hier meer armslag te geven en haar ook de bevoegdheid tot het aanvullen van rechtsfeiten te geven. Niet alleen is het onderscheid tussen rechtsfeiten en rechtsgronden onscherp. Ook vergt het naar voren brengen van alle rechtsfeiten door een partij kennis van de rechtsregels. Daar schort het nog al eens aan, zeker wanneer partijen, zoals in de toekomst steeds vaker het geval zal zijn, zonder gemachtigde procederen. De rechter dient dan in ongelijkheidscompensatie te voorzien en zonodig rechtsfeiten aan te vullen. Het belangrijkste argument is echter dat de rechter een eigen taak en verantwoordelijkheid heeft om een beslissing te nemen die zoveel mogelijk recht doet aan de materiële rechtspositie van partijen en zoveel berust op een correcte vaststelling van de feiten (*paragraaf 3.8*).

## 4 Waarheidsvinding en de procedure

*“But well-working judicial machinery, while essential, is not alone enough to enable the courts to give full effect to substantial rights. (...) For the products of a machine depend on the material which goes into the machine and on the persons who operate it.”<sup>1</sup>*

### 4.1 Inleiding

De rechterlijke waarheidsvinding kan niet los worden gezien van de procedure waarin zij plaatsvindt. Zo valt direct op dat de waarheidsvinding in de procedure sterk gereguleerd is. De rechter gaat niet vrijelijk op zoek naar de waarheid, maar is aan tal van regels gebonden. Die regels kunnen meebrengen dat de waarheidsvinding niet ten volle tot haar recht komt. Stellingen die onvoldoende zijn onderbouwd, kunnen door de rechter worden gepasseerd; de rechter mag een bewijsaanbod weigeren wanneer dit te vaag is en een partij vist achter het net wanneer zij niet tijdig in de procedure de benodigde bewijsmiddelen inbrengt. Het kost weinig moeite om meer voorbeelden te geven van regels die nadelige gevolgen kunnen hebben voor de waarheidsvinding in de procedure.<sup>2</sup>

Vaak wordt de processuele reglementering en inbedding van de waarheidsvinding dan ook gezien als een obstakel voor de waarheidsvinding in de civiele procedure. Lees bijvoorbeeld de sombere beschouwingen van Gerbrandy:

*“Hier staan wij voor een impasse. De ban-cirkel van het procesrecht is inderdaad zo strak gesloten dat soms het materiële recht er niet doordringt. Het proces kent zijn eigen regelen voor ‘fair play’. Die regelen kunnen verhinderen dat het onderzoek naar de feiten (...) wordt ingesteld of zo bevredigend verloopt dat de rechter er volledig kennis van draagt.”<sup>3</sup>*

1 Jerome Frank (1950) p. 104 en p. 105.

2 Zie bijvoorbeeld A.C. van Schaick (2009) p. 31-32, met name noot 69. Vergelijk ook M.E. Storme (1992) met tal van voorbeelden.

3 S. Gerbrandy (1961) p. 36.

De gedachte dat het procesrecht de waarheidsvinding in de procedure belemmert, dat het procesrecht een ‘ban-cirkel’ legt om de waarheidsvinding, is in ieder geval niet het hele verhaal. Er zijn tal van processuele regels die de waarheidsvinding juist bevorderen. Zo leidt de regel dat de rechter altijd een getuigenverhoor moet gelasten wanneer een partij daarom vraagt, mits het bewijsaanbod voldoende concreet en relevant is, juist tot méér waarheidsvinding. Een bespreking van de vele regels van procesrecht die in het belang van waarheidsvinding zijn, is te vinden in paragraaf 2.4.1 tot en met 2.4.7.

Maar tegelijk valt niet te ontkennen dat waarheidsvinding in de procedure niet altijd het volle pond krijgt en dat er allerlei situaties zijn waarin waarheidsvinding in de procedure het onderspit delft. Dit roept de vraag op wat de betekenis is van het gegeven dat de rechterlijke waarheidsvinding zich altijd afspeelt in een procedurele context, die reglementerend en begrenzend kan werken. Volgens sommigen is die betekenis dat de door de rechter te vinden waarheid slechts een *processuele* waarheid is. Het procesrecht leidt niet tot de echte waarheid, tot een vaststelling van de feiten zoals die zich in werkelijkheid hebben voorgedaan, maar produceert een eigen waarheid, een processuele waarheid. Vergelijk bijvoorbeeld Knigge, schrijvend over het strafrecht:

*“De waarheid lijkt hiermee geworden te zijn tot een processuele waarheid. Van de pretentie dat de rechter in zijn vonnis de historische werkelijkheid vaststelt, lijkt nog maar weinig over.”*<sup>4</sup>

Knigge spreekt hier over een formele waarheid in het strafrecht: waarheid is wat daarvoor in redelijkheid mag worden gehouden, als uitkomst van het gevoerde strafproces.

Wanneer deze gedachte in haar uiterste vorm wordt doorgevoerd, leidt dit tot de visie dat de essentie van de rechterlijke procedure ligt in haar procedurele karakter. Het gaat niet om het resultaat van de procedure, maar om de procedure zelf, beter gezegd om het doorlopen van de procedure, uitmondend in de rechterlijke beslissing. Dat doorlopen van de procedure is belangrijker dan waarheidsvinding. Zo schreef de rechtssocioloog Huls naar aanleiding van de spraakmakende rechterlijke dwalingen in strafzaken dat het in de (straf)procedure eigenlijk helemaal niet gaat om waarheidsvinding:

*“Net als Luhmann meen ik dat het idee dat de rechter aan waarheidsvinding doet, onze blik op de ware aard van juridische procedures vertroebelt. (...) De kern van de rechterlijke activiteit is niet waarheidsvinding, maar gemotiveerd beslissen.”*<sup>5</sup>

4 G. Knigge (2005) p. 42.

5 N. Huls (2006) p. 3-7. Overgenomen door onder meer R.C. Hartendorp (2008) p. 188. Zie voor een kritische bespreking van Huls’ uitspraken voorts Anne Ruth Mackor (2010-I) p. 64 en (2010-II), die stelt dat de rechter ‘waarheidsvinder én motiverende beslisser’ is, en H.J.R. Kaptein (2007).

Huls verwijst hier naar de Duitse socioloog Luhmann. Luhmann verdedigde in de jaren zestig van de vorige eeuw dat de rechterlijke procedure vóór alles moet worden gezien als een middel tot legitimatie van de rechterlijke beslissing. De procedure zorgt ervoor dat partijen stapje voor stapje worden voorbereid op en toegeleid naar de rechterlijke beslissing.<sup>6</sup>

Ook Storme wijst erop dat in de procedure niet de ‘levensfeitelijke werkelijkheid’ centraal staat, maar het met behulp van de procedure tot stand brengen van een bepaalde aanvaardbare ordening:

*“Het gaat erom dat er door tussenkomst van personen die geacht worden een zeker maatschappelijk gezag te bezitten (...) feiten worden geproduceerd die het mogelijk moeten maken op het geschil regels toe te passen en de partijen dusdanig bij de productie van feiten te betrekken dat zij ze voor waar zullen aannemen, ook indien ze puur imaginair zijn.”<sup>7</sup>*

Het begrip ‘processuele waarheid’ drukt zo waarheidsvinding naar de marge. Waarheid is slechts het conceptuele resultaat van het proces, de resultante van de verschillende fasen waar partijen in de procedure doorheen zijn gegaan. Waarheid in de procedure is dan niet meer dan een *formele* waarheid, waarover gesproken is in paragraaf 2.7.

In dit hoofdstuk zal in paragraaf 4.2 eerst nader worden ingegaan op dit begrip processuele waarheid. Daarbij zal blijken dat een processueel waarheidsbegrip op verschillende bezwaren stuit, vooral omdat het geen inhoudelijk richtsnoer biedt voor rechterlijke beslissingen. Dit is niet alleen in normatief opzicht geen aanvaardbare optie, maar ook een onwerkbaar uitgangspunt omdat geen inhoud kan worden gegeven aan de inrichting van de procedure zelf.

Vervolgens zal in paragraaf 4.3 een ander voorstel worden gedaan. Betoogd zal worden dat de betekenis van de procedurele inbedding van de rechterlijke waarheidsvinding tweeledig is. In de eerste plaats brengt de procedurele inbedding mee dat naast het belang van waarheidsvinding ook andere belangen een rol kunnen spelen. In de tweede plaats heeft de procedurele inbedding tot gevolg dat de rechterlijke waarheidsvinding altijd gericht is op het eindresultaat, namelijk een in beginsel definitieve rechterlijke beslissing. Dit heeft consequenties voor de waarheidsvinding. Omdat de rechterlijke beslissing zo definitief en ingrijpend is, dient de procedure zo te worden ingericht, dat de waarheidsvinding zo goed mogelijk tot haar recht kan komen. De rechter opereert hier in een spanningsveld: niet

6 *Legitimation durch Verfahren* (1969) van Niklas Luhmann.

7 M.E. Storme (1992) p. 342, eveneens met verwijzing naar Luhmann. Overigens zou het volgens Storme in de procedure wel om de materiële waarheid *moeten* gaan. Ook Brenninkmeijer (2006) p. 10 en 21, beroept zich op Luhmann waar hij schrijft: “*Het proces voor de rechter is niet primair gericht op de materiële waarheidsvinding, maar op de legitimatie van de rechterlijke beslissing.*” Vergelijk ook nog J.L.M. Elders (1990) p. 3, die stelt dat “*niet het onderzoek naar de materiële waarheid in het burgerlijk proces voorop staat, maar het vaststellen van de processuele waarheid.*”

alleen het belang van waarheidsvinding, maar ook andere belangen moeten worden gediend.

Om waarheidsvinding in de procedure zo goed mogelijk tot haar recht te laten komen, is het zaak om niet te strak vast te houden aan de begrenzings van de procedure en zo nodig aan preprocessuele waarheidsvinding te doen. In bijzondere gevallen zou zelfs de eindgrens, de rechterlijke beslissing, moeten kunnen worden opengebroken (paragraaf 4.4).

Verder is het in het belang van de waarheidsvinding om ook binnen de procedure niet te veel begrenzings op te werpen. De procedure heeft een trechtervormig verloop en dat dient ook een belangrijk doel: het stapsgewijs kunnen toewerken naar de rechterlijke beslissingen (4.5.1). Dit trechtervormige verloop van de procedure kan echter als ongewenst neveneffect hebben dat de waarheidsvinding wordt ingeperkt, wat uiteindelijk kan betekenen dat de rechter zich niet op correct vastgestelde feiten baseert. De rechter moet daarom niet té snel en té definitieve drempels opwerpen voor de waarheidsvinding (paragraaf 4.5.2).

Vervolgens zal nader worden ingegaan op het spanningsveld tussen waarheidsvinding en een voortvarend verloop van de procedure (paragraaf 4.6), het spanningsveld tussen waarheidsvinding en de vertrouwelijkheid van gegevens (paragraaf 4.7) en dat tussen waarheidsvinding en onrechtmatig verkregen bewijs (paragraaf 4.8). In deze drie paragrafen zal worden nagegaan hoe de rechter een afweging van de betrokken belangen kan maken. Daarbij zal blijken dat het belang van waarheidsvinding in veel gevallen zwaarder weegt en ook zwaarder moet wegen dan andere belangen. Het zwaarwegende belang van waarheidsvinding is zo een belangrijke leidraad bij de inrichting en vormgeving van de procedure.<sup>8</sup> Het procesrecht hoeft dan helemaal geen ‘ban-cirkel’ om de waarheidsvinding te leggen, maar kan juist de waarheidsvinding faciliteren, opdat de rechter zoveel mogelijk de feiten correct kan vaststellen.

## 4.2 Waarheidsvinding in de procedure en processuele waarheid

De ultieme consequentie van het gegeven dat waarheidsvinding altijd plaats vindt binnen de inbedding van de procedure, is getrokken door de in de inleiding genoem-

8 De vraag hoe het procesrecht moet worden ingericht en vormgegeven om de waarheidsvinding optimaal te dienen, wordt in de literatuur ook besproken voor wat betreft de te verkiezen aard van het stelsel van procesrecht: inquisitoir of accusatoir. In Anglo-Amerikaanse literatuur wordt vaak verdedigd dat het accusatoire karakter van de procedure bij uitstek geschikt is om de waarheid te achterhalen. Zie bijvoorbeeld David A. Schum (1994) p. 55, R. Posner (1999) en Zenon Bankowski (1990). Maar er is ook kritiek op de opvatting dat een accusatoir procesrecht beter dan inquisitoire stelsels de waarheidsvinding zou bevorderen, zie bijvoorbeeld Susan Haack (2004) en Alvin I. Goldman (1999) p. 272-314. De vraag is ook aan de orde gekomen bij de Woolf Reforms in Engeland; zie over deze discussie Neil Andrews (2003) p. 135 e.v. In feite is de vraag *in abstracto* niet te beantwoorden, omdat alles afhangt van de concrete invulling van het procesrecht. Bovendien hebben alle stelsels van procesrecht zowel inquisitoire als accusatoire trekken.

de socioloog Niklas Luhmann.<sup>9</sup> Die consequentie is dat het, uiteindelijk, alleen *de procedure zelf* is die telt.

Volgens Luhmann kan de essentie van de rechterlijke procedure niet worden gevonden in de klassieke waarden van waarheid en rechtvaardigheid. Er is namelijk geen enkele garantie dat de procedure ook waarheid en rechtvaardigheid oplevert. Dat steeds sprake zou zijn van een juiste beslissing, een rechtvaardige beslissing, een beslissing die berust op een correcte feitenvaststelling, is een illusie. Het is onmogelijk voor de rechter om in elke procedure waarheid en rechtvaardigheid te bereiken; als dat zo zou zijn, zou op voorhand al duidelijk zijn wat de inhoud van de rechterlijke beslissing is en zou er geen reden voor partijen zijn om te procederen.

Kenmerkend voor de procedure is echter dat er sprake is van een fundamentele onzekerheid over de uitkomst van de procedure. Daar staat tegenover dat zeker is dat in de procedure wel altijd een beslissing móet worden genomen.<sup>10</sup> Luhmann beschouwt dit gegeven als de onderliggende paradox van de juridische procedure:

*“Ein System, das die Entscheidbarkeit aller aufgeworfenen Probleme garantieren muss, kann nicht zugleich die Richtigkeit der Entscheidung garantieren.”<sup>11</sup>*

Juist omdat waarheid in de rechterlijke procedure niet bereikt kan worden, zullen partijen niet vooraf weten wat de uitkomst van de procedure is. Deze onzekerheid over de rechterlijke beslissing is de belangrijkste motor van de procedure en geeft de procedure haar legitimerende werking.<sup>12</sup> Daarmee is sprake van legitimatie van de rechterlijke beslissing *door de procedure*.

Vanwege onzekerheid over de uitkomst van de procedure zijn partijen namelijk gemotiveerd om deel te nemen aan de procedure en zich te laten meevoeren in alle in die procedure te zetten stappen. Partijen vervullen hun rollen in de procedure en verrichten alle vereiste proceshandelingen, omdat zij niet weten of zij de procedure zullen winnen of verliezen. Zij worden daarbij geleid door de idee dat de rechter waarheid zal bereiken. Deze ‘pseudo-waarheidsoriëntatie’ is onontbeerlijk om partijen te bewegen deel te nemen aan de procedure en zich aan het einde van de procedure neer te leggen bij de rechterlijke beslissing.

Hiermee is het begrip *processuele waarheid* gegeven. Waarheid, of waarheidsvinding, is geen zelfstandig ijkpunt in de procedure, maar is de resultante van het doorlopen van de rechterlijke procedure. Een dergelijk processueel waarheidsbegrip

9 Zie over de rechtstheorie van Luhmann vooral Thomas Huber (2006). Vergelijk ook R.J.S. Schwitters (2008) p. 128-131.

10 Vergelijk hierover ook Henry Lévy-Bruhl (1964), p. 29-54, die om deze reden juridisch bewijzen als *hybride* karakteriseert: het bewijsrecht is enerzijds gericht op waarheidsvinding, maar anderzijds heeft het de sociale functie dat altijd een beslissing moet worden genomen.

11 Niklas Luhmann (1969) p. 21 e.v. Vergelijk Thomas Huber (2006) p. 166 e.v.

12 Niklas Luhmann (1969) p. 116.



heeft vergaande consequenties, waartegen verschillende bezwaren kunnen worden ingebracht.

Het eerste bezwaar is dat de rechterlijke beslissing niet meer op haar inhoudelijke merites kan worden beoordeeld. Of de beslissing wel of niet op een correcte feitenvaststelling berust en of de beslissing wel of niet overeenstemt met het geldende recht, is niet wezenlijk van belang; het enige dat uiteindelijk telt, is immers dat de procedure wordt gevolgd. Het is duidelijk dat het doorlopen van een procedure – meer specifiek: het doorlopen van een behoorlijke procedure – door partijen van groot belang is voor de legitimatie van de rechterlijke beslissing. Met het oog hierop zijn in paragraaf 2.5 waarheidsvinding als *proces* en waarheidsvinding als *resultaat* als afzonderlijke waarden benoemd. Maar daaraan kan niet de gevolgtrekking worden verbonden dat alleen de procedure zou tellen. Het blijft van belang om ook eisen te stellen aan de inhoud van de beslissing; deze moet *aanvaardbaar* zijn. Wat daaronder verstaan moet worden is al aangegeven in paragraaf 1.2: een aanvaardbare beslissing is een beslissing die past in het rechtssysteem en die voldoet aan de eisen van rechtvaardigheid. Er is ook geen noodzakelijk verband tussen het doorlopen van een behoorlijke procedure, en het bereiken van een aanvaardbare beslissing.<sup>13</sup> Aanvaardbare beslissingen kunnen worden genomen zonder dat daaraan een behoorlijke procedure vooraf is gegaan en het doorlopen van een behoorlijke procedure brengt niet dwingend mee dat een aanvaardbare beslissing wordt genomen.<sup>14</sup> Ook in de uitgebreide literatuur over *procedural justice* wordt niet zozeer betoogd dat alleen procedurele rechtvaardigheid telt;<sup>15</sup> het gaat erom naast *substantive justice*, inhoudelijke rechtvaardigheid, ook plaats in te ruimen voor procedurele rechtvaardigheid.<sup>16</sup>

13 In feite stuiten we hier op dezelfde argumenten die worden ingebracht tegen procedurele waarheidstheorieën als die van Habermas: procedures kunnen niet de basis vormen voor waarheidsclaims omdat daarmee niets gezegd is over de *inhoud* van die claims. Zie nader Anna Pintore (2000) p. 219 e.v.

14 Brian Barry (1965) p. 102 noot 4.

15 Zie bijvoorbeeld Charles Nesson (1985) p. 1369, die, vergelijkbaar aan Luhmann, stelt dat de noodzaak van aanvaardbaarheid van rechterlijke uitspraken een beter handvat biedt voor het begrip van het bewijsrecht, maar die óók stelt dat ‘*many rules are indeed explicable in terms of a truth-seeking rationale*’.

16 Baanbrekend is hier vooral geweest het werk van J. Thibaut & L. Walker (1975), *Procedural justice: a psychological analysis*, waarin aan de hand van experimenten werd getoond dat participanten aan een juridische procedure deze positiever beoordeelden wanneer zij meer invloed op het verloop van de procedure hadden. Voorts toonden E.A. Lind & T.R. Tyler (1988), *The social psychology of procedural justice*, aan dat de uitkomst van een procedure als meer rechtvaardig werd beschouwd, wanneer de deelnemers een positieve mening hadden over de rechtvaardigheid van de procedure. Zie voor nadere literatuur J. van der Linden (2010) p. 20 e.v.; L. Klamming en B. Betlehem (2007); A.F.M. Brenninkmeijer (2006) p. 9 e.v.; Tom R. Tyler (1998). Van der Linden (2010) heeft zelf de door de deelnemers ervaren rechtvaardigheid van de comparitie na antwoord empirisch onderzocht.

Er is ook weinig reden om te veronderstellen dat een partij vanwege het enkele doorlopen van een procedure bereid zou zijn zich neer te leggen bij een rechterlijke beslissing. De realiteit is dat ook aan de inhoud van rechterlijke beslissingen steeds hogere eisen worden gesteld en dat het ontbreken van inhoudelijke aanvaardbaarheid afbreuk doet aan de legitimiteit van de beslissing.<sup>17</sup>

Een tweede bezwaar tegen een processueel waarheidsbegrip is, in het verlengde hiervan, dat het niet zou uitmaken wat er aan informatie in de machinerie van de procedure wordt gestopt; het gaat louter om het proces van verwerking van die informatie. Ook dit staat haaks op het doel van het bereiken van een inhoudelijk aanvaardbare beslissing en een beslissing die berust op een correcte vaststelling van de feiten. Daarvoor is immers wel degelijk van belang dat de informatie die partijen in de procedure inbrengen, zoveel mogelijk waarheidsgetrouw en volledig is. Alleen dan kan de procedure gaan over de vragen die partijen wezenlijk bezig houden en is de rechter in staat daarover een juiste beslissing te nemen. Kortom, ‘*input counts*’.<sup>18</sup> Voor die *input* in de procedure – kort gezegd: de kwaliteit (correctheid) en kwantiteit (volledigheid) van de aangeleverde informatie – is in een processueel waarheidsbegrip echter geen plaats ingeruimd.

Een derde bezwaar is dat met een processueel waarheidsbegrip geen richtsnoer kan worden gegeven voor de *inrichting* van de procedure. De procedure wordt gereduceerd tot een samenstel van voorschriften of regels, vergelijkbaar met de regels van een spel. Bij een spel maakt het niet uit wat de inhoud van de regels is of wie er wint, zolang de deelnemers de regels maar eerlijk volgen. Rawls noemt dit zuiver procedurele rechtvaardigheid (‘*pure procedural justice*’): de aanvaardbaarheid van het resultaat van de procedure is te omschrijven in termen van het correcte verloop van de procedure.<sup>19</sup> Maar de rechterlijke procedure is géén situatie van ‘*pure procedural justice*’, want de inhoud van het resultaat doet er wel toe en het maakt wel uit welke partij de procedure wint.<sup>20</sup> Dat is namelijk de partij die de procedure behoort te winnen, vanwege haar materiële rechtspositie (vergelijk paragraaf 2.2). In de procedure gelden daarom ook eisen voor de inhoud van de

17 De theorie van Luhmann heeft in dit opzicht zijn actualiteitswaarde verloren, zie H.G. van der Bunt (2002). Dit wordt bevestigd doordat precies van die rechterlijke beslissingen waarin de waarheidsvinding overduidelijk had gefaald (zoals de Schiedamse parkmoord), de legitimiteit ter discussie werd gesteld.

18 Lawrence B. Solum (2005) p. 272.

19 John Rawls (1972) p. 85-86. Naast zuiver procedurele rechtvaardigheid onderscheidt Rawls volkomen procedurele rechtvaardigheid (‘*perfect procedural justice*’) en onvolkomen procedurele rechtvaardigheid (‘*imperfect procedural justice*’). Voor deze vormen van procedurele rechtvaardigheid wordt wél gebruik gemaakt van een onafhankelijk criterium om het resultaat van de procedure te beoordelen. Bij volkomen procedurele rechtvaardigheid kan een procedure worden ontworpen die resulteert in een resultaat dat volgens het onafhankelijke criterium als juist of eerlijk heeft te gelden; bij onvolkomen procedurele rechtvaardigheid is dat niet mogelijk, omdat geen procedure denkbaar is die 100% resultaat oplevert.

20 Vandaar dat Rawls de rechterlijke procedure noemt als voorbeeld van ‘*imperfect procedural justice*’.

procesregels. Dit maakt het noodzakelijk om ook voor de inrichting van de procedure een inhoudelijk ijkpunt te hebben, zodat kan worden aangegeven hoe de procedure moet worden ingericht. Zonder zo'n inhoudelijk ijkpunt is het procesrecht een stuurloos schip, een lappendeken van, soms tegenstrijdige, regels.

Het belang van een behoorlijk verloop van de procedure heeft op dit punt zelf onvoldoende sturende werking. De norm van een behoorlijk verloop van de procedure of een goede procesorde heeft een open karakter en moet van geval tot geval worden ingevuld aan de hand van de in het concrete geval beschermingswaardig geachte belangen.<sup>21</sup>

Die normatieve basis is gedeeltelijk te vinden in het uiteindelijke doel van de procedure, het nemen van een juiste beslissing door de rechter. Dit betekent onder meer dat de procedure de rechter in staat moet stellen zoveel mogelijk de feiten correct vast te stellen. Het met de procedure te bereiken resultaat is in zoverre dus richtsnoer voor de vormgeving van de procedure.

Het inhoudelijke ijkpunt voor de inrichting van de procedure wordt voor een ander deel gevormd door andere belangen of waarden die in de procedure gerespecteerd moeten worden. Zo is er het belang van rechtszekerheid en het belang dat de procedure zelf eerlijk verloopt, dat nader is uitgewerkt in de bekende beginselen van een goede procesorde. Er kunnen ook externe belangen aan de orde zijn, bijvoorbeeld het belang van het recht op geheimhouding of het belang dat de procedure binnen een redelijke termijn en tegen aanvaardbare kosten wordt afgedaan.<sup>22</sup>

Met deze bespreking van de belangrijkste bezwaren tegen het concept van processuele waarheid is duidelijk dat de procedurele inbedding van de waarheidsvinding niet moet worden opgevat als een reductie tot het *proces* van waarheidsvinding.

### 4.3 De procedurele inbedding van de waarheidsvinding

Het gegeven dat waarheidsvinding altijd is ingebed in een procedurele context, moet dus niet worden vertaald in een processueel waarheidsbegrip. De procedurele inbedding van waarheidsvinding betekent wél het volgende.

In de eerste plaats bevindt rechterlijke waarheidsvinding zich in de procedure steeds in een *potentieel spanningsveld met andere belangen*. In de vorige paragraaf is al aangegeven dat nooit alleen het belang van waarheidsvinding een rol speelt;

21 V.C.A. Lindijer (2006) p. 431 e.v. en p. 467 e.v. en B.W.N. de Waard (1987) p. 112 e.v. Lindijer noemt als in het kader van de goede procesorde te beschermen belangen: het belang van hoor en wederhoor, het belang van 'equality of arms', het belang van rechtszekerheid, het belang van de autonomie van partijen, het belang van een praktische rechtspleging, het belang van een toereikende verantwoording van de rechterlijke beslissing, het belang van herstel van verzuimen in hoger beroep en het belang van waarheidsvinding.

22 Vergelijk reeds Jack B. Weinstein (1966).

er zijn ook andere belangen waarmee rekening moet worden gehouden.<sup>23</sup> De rechter zal dan het belang van waarheidsvinding moeten afwegen tegen andere belangen. Hierop zal in de volgende paragrafen nog uitgebreid worden ingegaan.

In de tweede plaats is de rechterlijke waarheidsvinding altijd *beslissingsgericht*. Het onderzoek naar de correcte feiten in de procedure kan nooit los worden gezien van de gerichtheid op de te nemen rechterlijke beslissing. In paragraaf 1.4 kwam al aan de orde dat deze beslissingsgerichtheid van de rechterlijke oordeelsvorming het mogelijk maakt dat de ‘cirkelgang’ tussen feiten en rechtsregels kan worden doorbroken.

De kern van de beslissingsgerichtheid van de rechterlijke waarheidsvinding is niet zozeer dat zij plaatsvindt met een bepaald doel; dat geldt voor elke waarheidsvinding. Om deze reden is in paragraaf 1.7 en 3.2 aangegeven dat waarheidsvinding altijd een partieel karakter heeft en gericht is op een klein stukje van de werkelijkheid. Veel belangrijker is dat de rechter altijd *verplicht* is een beslissing te nemen. Deze verplichting is neergelegd in art. 26 Rv en art. 13 van de Wet algemene bepalingen en komt ook naar voren in art. 23 Rv en art. 32 Rv. Ook wanneer niet duidelijk wordt hoe de feiten zich in werkelijkheid hebben voorgedaan, moet de rechter een beslissing nemen. De rechterlijke waarheidsvinding heeft nooit een open einde, maar zij mondt hoe dan ook uit in een beslissing.

Dit betekent méér dan dat ‘er nu eenmaal een beslissing moet worden genomen’. De verplichting geeft aan dat de rechter een eigen verantwoordelijkheid heeft om elk geschil dat haar wordt voorgelegd, daadwerkelijk te beslechten, ook wanneer sprake is van onduidelijke wetgeving, een leemte in de wet of interpretatieproblemen.<sup>24</sup> Daarmee wordt invulling gegeven aan de verhouding tussen wetgevende macht en rechtsprekende macht, terwijl bovendien het recht op rechtspraak wordt uitgedrukt.<sup>25</sup>

De verplichting om te beslissen heeft dus een normatief karakter; er behóórt een beslissing te worden genomen.

Een consequentie hiervan is dat het van groot belang is dat het procesrecht zó wordt ingericht, dat de rechter in staat is een juiste, een aanvaardbare beslissing te nemen. Voorts is het noodzakelijk dat in het recht voorzieningen zijn getroffen voor de situatie dat níet (in voldoende mate) komt vast te staan hoe de feiten zich hebben voorgedaan.<sup>26</sup> De strafrechter zal de verdachte vrijspreken wanneer er twijfel bestaat over de vraag of hij schuldig is aan de ten laste gelegde feiten en

23 Dit is al door velen geconstateerd, zie bijvoorbeeld M.J. Dubelaar (2008) p. 101; J.F. Nijboer (2006); W.D. H. Asser (1999); M. Kremer (1999) p. 163.

24 Zie over de historische achtergronden van het verbod op rechtsweigering Viola van Bogaert (2005) p. 65 e.v.

25 P.A.M. Meijknecht (2009) p. 69. Zie voorts B.W.N. de Waard (1987) p. 176 e.v.

26 Niklas Luhmann beschouwt dit als ‘het onzichtbaar maken van de paradox van de onbeslisbare beslissing’; zie Thomas Huber (2006) p. 171.

de civiele rechter heeft het bewijsrecht als richtingwijzer: bij onduidelijkheid over de feiten verliest die partij die ten aanzien van die feiten het bewijsrisico draagt.

Een ander aspect van de beslissingsgerichtheid van de rechterlijke waarheidsvinding is het *definitieve karakter* van die waarheidsvinding. De uitspraak van de rechter is, afgezien van de mogelijkheid om hoger beroep of cassatieberoep in te stellen, het definitieve einde van de waarheidsvinding in de tussen partijen aanhangige procedure.<sup>27</sup> Ook hieraan ligt een normatief uitgangspunt ten grondslag. De rechterlijke beslissing *behoort* een definitief karakter te hebben, omdat zij, onder meer, daaraan haar gezag ontleent. Het onderliggende belang hier is de rechtszekerheid: rechterlijke uitspraken moeten voorzien in een bindende beslechting van geschillen, waarmee partijen en derden zekerheid verkrijgen over hun rechtspositie.<sup>28</sup>

De kern van de procedurele inbedding van de rechterlijke waarheidsvinding moet dus als volgt worden begrepen. In de eerste plaats brengt de procedurele inbedding mee dat waarheidsvinding nooit het enige belang is dat gediend moet worden. Ook met andere belangen, zoals het belang van een voortvarend verloop van de procedure, moet in de procedure rekening worden gehouden. In de tweede plaats brengt de procedurele inbedding mee dat de rechterlijke waarheidsvinding altijd *moet* leiden tot een rechterlijke beslissing, waarmee een definitief einde komt aan de waarheidsvinding. Hieraan zijn consequenties voor de waarheidsvinding te verbinden.

De verplichting van de rechter om altijd tot een beslissing te komen, in samenhang met het definitieve karakter van die beslissing, betekent dat het van het grootste belang is om waarheidsvinding in de procedure zoveel mogelijk tot haar recht te laten komen. Ook wanneer de rechter de feiten niet correct kan vaststellen of zelfs incorrect heeft vastgesteld, zal immers een beslissing moeten worden genomen, waaruit ingrijpende en definitieve consequenties voor partijen voortvloeien. Er is geen mogelijkheid om de waarheidsvinding op een ander moment nog eens over te doen. Dit onderstreept de noodzaak dat zoveel mogelijk recht wordt gedaan aan het belang van waarheidsvinding, en dan liefst *‘alles in één keer goed’*.<sup>29</sup>

Vanuit dit gezichtspunt is het vooral zaak dat het procesrecht zo wordt vormgegeven dat de waarheidsvinding in de procedure wordt geoptimaliseerd. Maar omdat waarheidsvinding in de rechterlijke procedure ook plaatsvindt temidden van

27 De feitelijke beëindiging van de waarheidsvinding heeft echter al plaatsgevonden vóór de rechterlijke uitspraak, namelijk op het moment dat een dagbepaling voor vonnis of arrest heeft plaatsgevonden. In beginsel zal de rechter geen kennis meer nemen van stukken die daarna in het geding worden gebracht. Zie HR 2 mei 2003, JOL 2003, 259. Vergelijk V.C.A. Lindijer (2006) p. 185.

28 Vergelijk J.J. Brinkhof (1987), over het adagium *lites finiri oportet*, aan elke procedure moet eens een einde komen: “*Het is evident dat elke samenleving en de individuele leden daarvan er belang bij hebben dat aan geschillen een einde komt en dat beslissingen onaantastbaar worden en blijven.*”

29 Zoals de titel luidt van een bundel geschriften over de kwaliteit van het openbaar bestuur (2005) van Michiel Herweijer e.a.

andere belangen, zal zo nodig moeten worden gezocht naar een balans tussen waarheidsvinding en die andere belangen.

Dit is het spanningsveld waarbinnen de rechterlijke waarheidsvinding zich in de procedure afspeelt. Wat dit concreet betekent voor de praktijk van de rechterlijke waarheidsvinding, zal worden onderzocht in de volgende paragrafen.

#### 4.4 Waarheidsvinding en de grenzen van de procedure

Het beginpunt van de rechterlijke waarheidsvinding is gelegen bij de aanvang van de procedure. Als er geen procedure aanhangig is, is er geen basis voor de rechter om aan waarheidsvinding te doen. De grenzen van de procedure vormen de grenzen van de rechterlijke waarheidsvinding. Toch zijn er voor partijen mogelijkheden om voorafgaand aan de procedure te vragen om rechterlijke tussenkomst ten behoeve van de waarheidsvinding, dus om *preprocessuele waarheidsvinding*.

Het gaat dan om een verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor (art. 186-193 Rv), een verzoek tot het gelasten van een voorlopig deskundigenbericht of een voorlopige plaatsopneming of bezichtiging (art. 202-207 Rv), en het verzoek om de wederpartij te gelasten inzage te geven in bepaalde stukken (art. 843a Rv).<sup>30</sup> In deze gevallen kunnen partijen ook voordat een procedure aanhangig is, bewerkstelligen dat de rechter aan waarheidsvinding doet. Ook de mogelijkheid tot het leggen van bewijsbeslag op de voet van art. 730 Rv (zie daarover nader paragraaf 4.7.1) is als een vorm van preprocesuele waarheidsvinding te zien.<sup>31</sup>

Hoewel er de laatste jaren wel een toename is van met name verzoeken om een voorlopig getuigenverhoor, wordt toch slechts bij uitzondering gebruik gemaakt van preprocesuele waarheidsvinding. In de grote meerderheid van de bij de rechter aanhangige procedures vindt uitsluitend waarheidsvinding binnen de procedure plaats. Vanuit het gezichtspunt van de waarheidsvinding is er echter veel te zeggen vóór preprocesuele waarheidsvinding.<sup>32</sup> De belangrijkste argumenten zijn door de Hoge Raad als volgt geformuleerd (in het kader van de beoordeling van een verzoek om een voorlopig getuigenverhoor):

30 Voor al deze verzoeken geldt dat zij kunnen worden gedaan buiten (voorafgaand aan) een aanhangige procedure, maar ook wanneer reeds een procedure aanhangig is. Speciaal voor IE-zaken is er een meer uitvoerige regeling voor partijen om voorafgaand aan een procedure aan waarheidsvinding te doen. Zie art. 1019a Rv e.v.

31 Zij het dat wel de voor conservatoir beslag gebruikelijke eis geldt dat na het leggen van het beslag een eis in hoofdzaak moet worden ingesteld. Bij bewijsbeslag is die eis in hoofdzaak een vordering ex art. 843a Rv. Zie T.J.J. Bodewes (2009) p. 63 e.v.

32 Vergelijk Asser-Groen-Vranken, Tzankova (2003) p. 93 e.v., waar wordt gesproken over 'de vergeten voorfase van de procedure'. Daarin komen meer argumenten aan de orde voor preprocesuele verrichtingen dan het belang van waarheidsvinding, zoals het voorkomen van onnodige procedures. Vergelijk ook de Richtlijnen-Dorhout Mees (1948), nr. 12.

*“Het voorlopig getuigenverhoor (...) beoogt niet alleen mogelijk te maken dat spoedig na het plaatsvinden van omstreden feiten daaromtrent getuigenverklaringen kunnen worden afgelegd alsmede te voorkomen dat het bewijs verloren gaat; het strekt óók en vooral ertoe belanghebbenden bij een eventueel naderhand bij de burgerlijke rechter aanhangig te maken geding (...) de gelegenheid te bieden vooraf opheldering te verkrijgen omtrent de (hun wellicht nog niet precies bekende) feiten, zulks teneinde hen in staat te stellen hun positie beter te beoordelen, met name ook ten aanzien van de vraag tegen wie het geding moet worden aangespannen.”<sup>33</sup>*

Met andere woorden, preprocessuele verrichtingen stellen een partij beter in staat te bepalen wie haar wederpartij zou moeten zijn, een keuze die voortvloeit uit de partijautonomie; vergelijk paragraaf 3.3. Bovendien maakt opheldering van het feitencomplex voorafgaand aan de procedure het mogelijk voor een partij om haar processuele positie in te schatten en te beoordelen of het wel zin heeft om te gaan procederen.

Daarnaast draagt het in een vroeg stadium plaatsvinden van waarheidsvinding bij aan de *kwaliteit* van de verzamelde bewijsgegevens. Er is minder kans op het in de vergetelheid raken van gebeurtenissen, doordat getuigen zich bepaalde zaken niet meer kunnen herinneren, of het zoekraken van bewijsmiddelen.<sup>34</sup> Ook wordt voorkomen dat wijzigingen plaatsvinden in een bepaalde situatie, bijvoorbeeld door het herstel van gebreken.

Een belangrijk argument is verder dat preprocessuele waarheidsvinding het mogelijk maakt dat partijen direct bij aanvang van de procedure alle relevante gegevens inbrengen. Dit bevordert een efficiënt verloop van de procedure en maakt de kans kleiner dat relevante gegevens niet aan de rechter worden overgelegd. Weliswaar geeft het procesrecht ook de mogelijkheid om op een later moment, naar aanleiding van een door de rechter gegeven bewijsopdracht of informatieverzoek, of in hoger beroep, nadere gegevens aan te dragen; een mogelijkheid waarvan in de praktijk ook veelvuldig gebruik wordt gemaakt. Maar het niet direct bij aanvang van de procedure inbrengen van alle relevante gegevens, schept ook risico's voor partijen, vanwege het trechtervormige verloop van de civiele procedure. Zoals hierna in paragraaf 4.5 zal worden besproken, bevordert dit trechtermodel een voortvarend verloop van de procedure, maar kan het er ook toe leiden dat al snel in de procedure de weg tot waarheidsvinding wordt afgesloten en partijen niet meer de gelegenheid krijgen om nog nieuwe stellingen of bewijsstukken in te brengen. Ook dit pleit ervoor al vóór de procedure aanvangt, zoveel mogelijk bewijs te verzamelen zodat al direct in het begin van de procedure een gefundeerde en gerichte discussie kan worden gevoerd.

33 HR 24 maart 1995, NJ 1998, 414 m.nt. PV.

34 Dit was de reden voor het mogelijk maken van een voorlopig getuigenverhoor, zie Star Busmann-Rutten-Ariëns (1972) p. 256.

Een bijkomend praktisch argument voor preprocesuele verrichtingen is dat de rechter volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad in beginsel verplicht is om een verzoek om een voorlopig getuigenverhoor<sup>35</sup> of een verzoek om een voorlopig deskundigenbericht<sup>36</sup> te honoreren.<sup>37</sup> Wanneer het gaat om preprocesuele waarheidsvinding heeft de rechter dus geen discretionaire bevoegdheid bij de beslissing op verzoeken om een getuigenverhoor of een deskundigenbericht.<sup>38</sup> Dit is een opvallend verschil met verzoeken om onderzoeksverrichtingen tijdens de procedure; een partij moet altijd maar afwachten of de rechter deze honoreert en daadwerkelijk tot waarheidsvinding overgaat.<sup>39</sup> Overigens is het de vraag of dit verschil gerechtvaardigd is; zie daarover nader paragraaf 7.4 met betrekking tot de toewijzing van een verzoek om een deskundigenbericht en een voorlopig deskundigenbericht.

Preprocesuele verrichtingen zijn dus in het voordeel van de waarheidsvinding: zij bevorderen de kwaliteit van het bewijsmateriaal en zorgen ervoor dat al aan het begin van de procedure het relevante bewijsmateriaal beschikbaar is. Het ligt dan ook meer in de rede deze te bevorderen en uit te bouwen, dan om ze in te perken.<sup>40</sup> Bij de uitbreiding van preprocesuele verrichtingen is met name te denken aan invoering van een preprocesuele (schikkings)comparitie, waar partijen op een vroeg moment tot een gestructureerde uitwisseling van informatie en standpunten kunnen komen, zo mogelijk uitmondend in een schikking.<sup>41</sup> In het

35 HR 26 september 2008, NJ 2008, 521; HR 6 juni 2008, NJ 2008, 323; HR 11 februari 2005, NJ 2005, 442 m.nt. DA; HR 19 februari 1993, NJ 1994, 345 m.nt. HJS; HR 11 maart 1988, NJ 1988, 747.

36 HR 30 maart 2007, NJ 2007, 189; HR 19 december 2003, NJ 2004, 584; HR 12 september 2003, NJ 2005, 441 m.nt. DA onder NJ 2005, 422; HR 13 september 2002, NJ 2004, 18 m.nt. HJS; HR 6 februari 1998, NJ 1999, 478 m.nt. HJS.

37 Afwijzingsgronden zijn strijd met de goede procesorde, misbruik van bevoegdheid of de aanwezigheid van andere zwaarwichtige belangen. Zie bijv. HR 21 november 2008, NJ 2008, 608. Deze afwijzingsgronden gelden naast de basisvereisten: het verzoek moet voldoende concreet zijn, het verzoek moet relevant zijn (dat wil zeggen: betrekking hebben op feiten die kunnen bijdragen tot beslissing van de zaak) en een partij moet voldoende belang hebben bij het verzoek.

38 HR 19 december 2003, NJ 2004, 584. Idem A-G Huydecoper in zijn conclusie voor NJ 2007, 189.

39 Voor een verzoek om inzage in bepaalde stukken op de voet van art. 843a Rv maakt het geen verschil of dit voor of tijdens de procedure wordt gedaan: de toetsingscriteria zijn in beide gevallen dezelfde.

40 Met enige regelmaat wordt, vanwege de werkbelasting, vanuit de rechterlijke organisatie gepleit voor terugdringing van het recht op een voorlopig getuigenverhoor. Zie bijvoorbeeld het rapport van de onder auspiciën van de Raad voor de Rechtspraak ingestelde Commissie Verbetervoorstellen civiel (2004) en het advies van de Raad voor de Rechtspraak inzake het Interimrapport Commissie fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht d.d. 29 april 2004. Vergelijk ook de inmiddels ontstane praktijk bij een aantal rechtbanken om het aantal getuigen dat in een voorlopig getuigenverhoor mag worden gehoord, te maximeren.

41 Invoering van een preprocesuele (schikkings)comparitie is voorgesteld door Asser-Groen-Vranken, Tzankova (2003) p. 125, p. 127 en (2006) p. 67 e.v.



gebruikelijke beginpunt van de waarheidsvinding, bij aanvang van de procedure, zit dus enige rek; ook vóór de procedure kan waarheidsvinding plaatsvinden. Lastiger ligt het bij het eindpunt van de waarheidsvinding, de rechterlijke beslissing. Hiervoor bleek al dat deze begrenzing in beginsel definitief is: de rechterlijke beslissing is het einde van de waarheidsvinding.

Dit wordt onderstreept door de zeer beperkte mogelijkheden om de inhoud van een rechterlijke beslissing achteraf ter discussie te stellen. Afgezien van de mogelijkheid van het herstel van kennelijke fouten (art. 31 Rv), kan alleen het bijzondere rechtsmiddel van herroeping nog soelaas bieden (art. 382 Rv). Herroeping van een vonnis is echter maar in enkele gevallen mogelijk.<sup>42</sup> In nagenoeg alle zaken is de rechterlijke uitspraak dus het definitieve einde van de waarheidsvinding. De leer van het gezag van gewijsde staat eraan in de weg dat een nieuwe procedure wordt gestart over een onderwerp waarover de rechter reeds heeft beslist (art. 236 Rv).<sup>43</sup> De ratio hiervan is primair gelegen in de rechtszekerheid.<sup>44</sup>

Het is duidelijk dat de waarheidsvinding door deze procedurele begrenzing in sterke mate kan worden beperkt. Er is immers geen mogelijkheid voor partijen om later alsnog met nieuw of beter bewijsmateriaal te komen of om bestaand bewijsmateriaal te ontkrachten, bijvoorbeeld door gegevens die zijn verkregen door nieuwe wetenschappelijke methoden of gewijzigde inzichten.<sup>45</sup> Wanneer bijvoorbeeld een werknemer er niet in slaagt bij de rechter het causaal verband aan te tonen tussen zijn ziekte en bepaalde werkomstandigheden, zal zijn vordering tot schadevergoeding worden afgewezen. Een paar jaar later kan echter blijken dat

42 Het moet gaan om bedrog door de wederpartij, vervalste stukken of het achterhouden van stukken van beslissende aard door de wederpartij, waardoor in enig opzicht sprake is geweest van een voor de eisende partij nadelige beslissing. Fouten of omissies bij het vaststellen van de feiten zijn op zich zelf geen reden voor herroeping; alleen wanneer de feitelijke basis van een rechterlijke uitspraak onjuist is als gevolg van een van de in de wet omschreven gronden kan herroeping aan de orde zijn, zie Th.B. ten Kate en M.M. Korsten-Krijnen (2005) p. 39. Voorts mag het bedrog niet tijdens de procedure zijn ontdekt of redelijkerwijs kunnen worden ontdekt, zie HR 15 februari 2008, NJ 2008, 112.

43 Overigens geldt in het Nederlandse civiele procesrecht geen algemeen 'ne bis in idem'-beginsel', zie HR 8 oktober 1993, NJ 1994, 508 m.nt. HJS. Vergelijk E. Gras (1994) p. 91 e.v.; Y.E.M. Beukers (1994) p. 110 e.v. Wel staat het (negatieve) gezag van gewijsde van een eerdere rechterlijke uitspraak eraan in de weg dat de rechter een op dezelfde gronden reeds eerder ingestelde vordering opnieuw inhoudelijk beoordeelt.

44 Asser/Anema & Verdam (1953) p. 307-308; Th. B. ten Kate en M.M. Korsten-Krijnen (2005) p. 24 en p. 95; Y.E.M. Beukers (1994) p. 5. E. Gras (1994) wijst met name op het belang van het voorkomen van tegenstrijdige rechterlijke uitspraken en het respecteren van het gesloten stelsel van rechtsmiddelen. Y.E.M. Beukers (2000) p. 26-27, noemt ook nog het voorkomen van vexatoir gedrag, efficiency en het handhaven van het aanzien van de rechterlijke macht.

45 In het Oostenrijkse recht kan een partij wél op deze grond, kennisname van nieuwe feiten of bewijsmiddelen, om heropening van de procedure ('*Wiederaufnahme des Verfahrens*') verzoeken, indien deze, als ze tijdens de procedure bekend waren geweest, tot een gunstiger beslissing zouden hebben geleid. Voorwaarde daarvoor is wel dat het niet aan de partij te wijten is dat de betreffende feiten of bewijsmiddelen niet tijdens de procedure in het geding waren gebracht. Zie § 530 ZPO.

in de medische wetenschap wél een verband is aangetoond tussen de ziekte en de werkomstandigheden. De werknemer heeft daar geen baat meer bij; er is geen mogelijkheid om de rechter te vragen opnieuw naar zijn zaak te kijken op basis van de nieuwe gegevens.<sup>46</sup>

Deze consequentie van de procedurele begrenzing van de waarheidsvinding lijkt onvermijdelijk. De argumenten die er in het strafrecht zijn om in bepaalde gevallen de waarheidsvinding na afloop van de procedure te hervatten,<sup>47</sup> gelden in het civiele recht niet of in veel mindere mate. De onterechte ontneming van de fysieke vrijheid van een veroordeelde vormt een veel zwaardere inbreuk op zowel de persoonslijksrechten van de betrokkene als op de rechtsorde, dan een onjuiste beslissing in het civiele recht waar het vrijwel altijd gaat om geldvorderingen.

Toch kunnen er situaties zijn waarin er ook in civiele zaken aanleiding is voor heropening van een procedure. Hierbij valt te denken aan procedures waarin de rechterlijke waarheidsvinding of feitenvaststelling zo gebrekkig is geweest dat niet voldaan is aan de eisen van art. 6 EVRM. Dat zou aansluiten bij het concept-wetsvoorstel 'herroeping van vonnissen en beschikkingen ter uitvoering van een uitspraak van het Europese Hof voor de rechten van de mens'.<sup>48</sup> Dit wetsvoorstel is echter ingetrokken.<sup>49</sup> In het strafrecht bestaat wel de mogelijkheid dat na de vaststelling door het EHRM dat het EVRM is geschonden, herziening van een veroordeling plaatsvindt.<sup>50</sup>

In de civiele procedure blijft de rechterlijke beslissing echter het definitieve einde van de waarheidsvinding, waarmee er opnieuw aanleiding is om *in* de procedure zo weinig mogelijk belemmeringen op te werpen voor een correcte vaststelling van de feiten door de rechter.

46 HR 6 april 1951, NJ 1952, 28, m.nt. Ph.A.N.H.

47 Zie hiervoor de voorstellen voor een Wet herziening ten voordele en een Wet herziening ten nadele. Bij herziening ten voordele gaat het om de herziening van een onherroepelijke strafrechtelijke veroordeling, onder meer wanneer er op grond van nieuwe gegevens ernstige vermoedens zijn dat de veroordeling onterecht is geweest of bij schending van het EVRM. Bij herziening ten nadele gaat het om de herziening van een onherroepelijke vrijspraak of ontslag van alle rechtsvervolgning – beperkt tot ernstige misdrijven –, onder meer wanneer er op grond van nieuwe gegevens ernstige vermoedens zijn dat een veroordeling van de verdachte had moeten volgen. Over de herziening ten nadele is in de literatuur zeer kritisch geschreven, met name omdat deze op gespannen voet staat met art. 6 EVRM.

48 Zie over het uit januari 2003 daterende wetsvoorstel onder meer R. Ortlep (2005-I). Zie over de problematiek van heropening van zaken na schending van het EVRM (waarvoor art. 41 EVRM een voorziening in het nationale recht eist) onder meer P.H.P.H.M.C. van Kempen (2003) p. 377-407 en M.I.W.E. Hillen-Muns e.a. (2001).

49 Dit is te lezen in de brief van de Minister van Justitie d.d. 12 augustus 2005, TK 2004-2005, 29 279 nr. 28, waarover R. Ortlep (2005-II).

50 Art. 457 lid 3 Sv, toegepast in bijvoorbeeld HR 27 september 2005, NJCM-Bulletin (2005) p. 1173-1174.

## 4.5 Begrenzungen binnen de procedure

Niet alleen begin en einde van de procedure begrenzen de waarheidsvinding; ook binnen de procedure is op tal van momenten sprake van nadere begrenzingen van de waarheidsvinding. Deze begrenzingen krijgen met name vorm doordat binnen de procedure een opdeling in verschillende fasen plaatsvindt. Per fase wordt de stand van zaken met betrekking tot de waarheidsvinding opgemaakt en wordt de waarheid als het ware gestold naar dat moment. De procedure is daarmee een soort trechter; in elke volgende fase van de procedure wordt de waarheidsvinding verengd en spitst deze zich nader toe. Dit houdt een beperking van de waarheidsvinding in. De rechter heeft echter ook verschillende mogelijkheden tot haar beschikking om als dat nodig is, de waarheidsvinding weer te verbreden en daarmee de trechter te doorbreken. In deze paragraaf zal worden nagegaan welke mogelijkheden dit precies zijn.

### 4.5.1 *De procedure als trechter*

De eerste begrenzing van de waarheidsvinding vindt plaats wanneer de rechter in het tussenvonnis de op dat moment tussen partijen vaststaande feiten weergeeft. Wanneer de rechter eenmaal feiten als vaststaand heeft aangemerkt, is daaraan in beginsel niet meer te tornen. De verdere waarheidsvinding in de procedure beperkt zich tot de feiten waarover partijen het niet eens zijn en waarover bewijslevering plaats moet vinden; de vastgestelde feiten staan niet meer ter discussie.

Een volgende begrenzing vindt plaats wanneer de rechter een bewijsopdracht of een vraagstelling aan deskundigen formuleert: de inhoud van die bewijsopdracht of vraagstelling geeft aan waarover nog nadere oordeelsvorming mogelijk is.<sup>51</sup> Weliswaar staat het de rechter in beginsel vrij om later, na de bewijsverrichtingen, nog een andere koers in te slaan. Om die reden verdient het geen aanbeveling om in het tussenvonnis al een volledige routekaart op te nemen over welke beslissingen zullen worden genomen indien het bewijs wel, of juist niet, zal worden geleverd. De rechter heeft zich dan al de pas afgesneden om, afhankelijk van de precieze uitkomst van de getuigenverhoren of het deskundigenbericht, nog met andere oplossingen te komen. Maar in de praktijk fungeert de bewijsopdracht of vraagstelling als een reële inkadering van de procedure: die beperkt zich in beginsel tot het onderwerp van bewijslevering of vraagstelling.

Het oordeel van de rechter over de bewijsvoering of het deskundigenbericht fixeert opnieuw een bepaalde stand van zaken. De rechter is van oordeel dat bepaalde feiten in voldoende mate zijn komen vast te staan, of de rechter is van

<sup>51</sup> Dit laat uiteraard onverlet dat het verstrekken van een bewijsopdracht of het inschakelen van een deskundige zonder meer de waarheidsvinding bevordert, vergelijk paragraaf 1.5.3.

oordeel dat dat niet het geval is; met dat oordeel is de waarheidsvinding in die gerechtelijke instantie in ieder geval op dat punt definitief beëindigd.

Het feitencomplex waarop de rechter haar beslissing baseert, wordt zo stapsgewijs opgebouwd. In elke fase van de procedure neemt de rechter beslissingen over de feiten, waardoor steeds meer vast komt te liggen en er steeds nauwere grenzen worden getrokken rond de feiten of onderwerpen die nog open zijn voor discussie tussen partijen en daarmee voor oordeelsvorming door de rechter. De rechter zoomt als het ware in elke fase van de procedure haar focus nader in.

In de overgang van de procedure in eerste aanleg naar het hoger beroep is opnieuw sprake van een begrenzing. Het grievenstelsel brengt immers mee dat wanneer geen grieven zijn aangevoerd tegen de door de rechter in eerste aanleg vastgestelde feiten, de appelrechter uitgaat van de juistheid van die feiten en niet zelfstandig nagaat of de feiten juist zijn vastgesteld. De grieven bepalen dus wat de reikwijdte is van de waarheidsvinding in hoger beroep.<sup>52</sup>

De finale begrenzing van de waarheidsvinding vindt plaats in de overgang van het hoger beroep naar het cassatieberoep. Omdat de Hoge Raad geen bevoegdheid heeft om te oordelen over de feiten, gaat hij uit van de feiten die de appelrechter aan zijn oordeel ten grondslag zijn gelegd. Van enig nader onderzoek naar de feiten kan in cassatie dus in beginsel geen sprake meer zijn.

Hierdoor werkt de civiele procedure als een soort trechter: de opbouw begint breed, maar versmalt al heel snel. Elke processuele stap die de rechter zet, kadert de waarheidsvinding verder in. Sommigen spreken dan ook over het trechtermodel van de civiele procedure.<sup>53</sup> Dit trechtermodel is de laatste jaren versterkt.

Gedeeltelijk is dit toe te schrijven aan de in 2002 ingevoerde wetswijzigingen. De toen ingevoerde substantiërings- en bewijsaandraagplichten van partijen brengen mee dat partijen direct in hun eerste processtukken melding moeten maken van de bewijsmiddelen waarover zij beschikken en van de getuigen die zij mogelijk kunnen doen horen.<sup>54</sup> Hierdoor is het zwaartepunt steeds meer komen te liggen op de inleidende dagvaarding en de conclusie van antwoord, dus op de eerst gewisselde processtukken. Dit geldt nog meer nu partijen niet meer het recht hebben

52 Wanneer incidenteel appel is ingesteld, is ook de inhoud van de incidentele grieven van belang bij de omvang van het hoger beroep, zie Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent (2009) p. 177 e.v.

53 Zie Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent (2009) p. 77 alsmede de adviezen van de Adviescommissie voor het Burgerlijk Procesrecht over het Interimrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijke procesrecht (2003) en over de gegevensverstrekking in burgerrechtelijke zaken (2008). J.H. Crijns (2008) p. 51 e.v. signaleert in het strafproces een soortgelijk trechtermodel. Ook in het bestuursrecht is sprake van een trechtermodel, zie met name L.J.A. Damen (1999) over de 'argumentatieve fuik' en L.J.A. Damen (2000) over de 'bewijsfuik'. Zie over de trechterwerking in het bestuursrechtelijke hoger beroep R.H. de Bock (1999).

54 Voor eiser is dit neergelegd in art. 111 lid 3 Rv en voor gedaagde in art. 128 lid 5 Rv. Verder moet de eisende partij in de dagvaarding melding maken van de door de wederpartij (voor de procedure) gevoerde verweren.

een conclusie van repliek en een conclusie van dupliek te nemen; in het overgrote deel van de zaken is feitelijk sprake van één schriftelijke discussieronde tussen partijen.<sup>55</sup>

Maar er zijn ook buitenwettelijke ontwikkelingen die bijdragen aan het trechtermodel.<sup>56</sup> Te noemen is met name de rechtspraak van de Hoge Raad die de rechter de bevoegdheid geeft om feitelijke stellingen of bewijsstukken die laat in de procedure naar voren worden gebracht – bijvoorbeeld voor het eerst bij pleidooi of bij het laatste processtuk in hoger beroep – buiten beschouwing te laten wegens strijd met de goede procesorde.<sup>57</sup> Zo is in recente jurisprudentie het grievenstelsel aangescherpt, doordat als vereiste is gesteld dat appellante nieuwe feiten en stellingen in beginsel direct in de memorie van grieven dient aan te voeren. Bovendien mag de partij die oorspronkelijk eiser was, in beginsel haar eis niet meer wijzigen ná de memorie van grieven of de memorie van antwoord.<sup>58</sup> Deze rechtspraak kan leiden tot een nadere vertrechtering van de procedure.<sup>59</sup>

De voordelen van het trechtermodel zijn evident. Wanneer partijen zo vroeg mogelijk in de procedure al hun stellingen en bewijsmiddelen op tafel leggen, bevordert dit een snelle en efficiënte rechtsgang. Een stapsgewijze inkadering van het geschil maakt het voor de rechter ook eenvoudiger om te oordelen in complexe geschillen. Dit is de ‘reductie van complexiteit’ waarover Luhmann spreekt.

Het buiten beschouwing laten van nieuwe stellingen of bewijsmiddelen heeft ook tot gevolg dat de rechter niet steeds nieuwe procesverrichtingen hoeft toe te staan, maar de zaak op een bepaald moment kan afdoen. Het aanbrengen van begrenzingen in de procedure bevordert daarmee een voortvarend verloop van de procedure en is in dat opzicht in het belang van een goede procesorde.

Ten slotte maakt het trechtermodel het voor de rechter eenvoudiger om voorbij te gaan aan door partijen ingebrachte nieuwe of gewijzigde stellingen, die – al of niet opzettelijk – in een latere fase van de procedure worden ingenomen en haaks staan op eerdere stellingen.

Tegenover deze voordelen staat echter dat het trechtermodel de waarheidsvinding onder druk kan zetten. Het is duidelijk dat wanneer een partij over een belangrijk bewijsmiddel beschikt, maar de rechter daarvan geen kennis meer wil nemen omdat het te laat is ingebracht, dit ten koste gaat van de waarheidsvinding. Maar ook de stapsgewijze opbouw van het rechterlijke oordeel, waarin elk stapje een beperking betekent in het aantal onderwerpen waarmee de rechter zich nog bezig

55 Het is aan de rechter overgelaten om partijen na de in beginsel verplichte comparitie na antwoord, al dan niet toe te staan nog een conclusie te nemen (art. 132 lid 2 Rv).

56 V.C.A. Lindijer (2006) p. 184 e.v.

57 Voor nieuwe feiten bij pleidooi is dit vaste jurisprudentie sedert HR 6 april 1979, NJ 1980, 34 m.nt. CJHB.

58 HR 20 juni 2008, NJ 2009, 211; HR 22 juni 2007, NJ 2007, 344. Zie hierover ook Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent (2009) p. 142 e.v.

59 Zij het dat ook uitzonderingen zijn toegelaten, zie HR 19 juni 2009, LJN BI8771.

wenst te houden, kan belemmerend werken voor de waarheidsvinding. Er is geen ruimte meer voor een ander perspectief, voor een nieuw gezichtspunt; van de eenmaal ingeslagen weg kan in principe niet meer worden afgeweken. De trechter waarin de rechter terecht komt, kan ook beschreven worden als een tunnel; de stapsgewijze inkadering van het geschil verwordt tot een *tunnelvisie*.<sup>60</sup>

Maar waarheidsvinding is juist gebaat bij uitgestelde oordeelsvorming, bij een zo breed mogelijke blik en dus met het zo lang mogelijk vooruit schuiven van een definitieve beslissing door de rechter. Vanuit het oogpunt van waarheidsvinding moet de rechter juist zo lang mogelijk alle mogelijkheden open houden. Dit kwam ook aan de orde in het vorige hoofdstuk, waarin waarheidsvinding werd besproken vanuit het narratologische perspectief: de rechter moet zo lang mogelijk wachten met de constructie van haar verhaal en daarmee voorkomen dat bepaalde feiten te snel als irrelevant of onwaarschijnlijk terzijde worden geschoven.<sup>61</sup>

Het trechtermodel veronderstelt ook dat het voor partijen *mogelijk* is om direct alle relevante feiten naar voren te brengen en vanaf het begin een gerichte en gefundeerde argumentatie te voeren tegen de stellingen van de wederpartij. In paragraaf 1.6 bleek echter al dat pas ná de rechterlijke beslissing definitief kan worden vastgesteld wat de relevante feiten zijn, zodat het lastig is om van een partij te vergen dat zij direct alle relevante feiten naar voren brengt (paragraaf 3.5).

Ook bij de veronderstelling dat een partij van meet af aan in de procedure een gerichte en gefundeerde argumentatie kan voeren tegen de stellingen van de wederpartij, zijn vraagtekens te zetten. De rechterlijke oordeelsvorming komt op procesmatige wijze tot stand en beweegt zich in een hermeneutisch proces heen en weer tussen feiten, rechtsregels en de te nemen beslissing, zoals besproken werd in paragraaf 1.4.

Dit heeft ook consequenties voor de processuele positie van partijen. Die processuele positie is geen statisch gegeven, maar is uit haar aard dynamisch en in ontwikkeling. Wanneer de eisende partij geconfronteerd wordt met het verweer van de wederpartij, kan dit haar nopen tot een herpositionering, zowel voor wat betreft de stellen feiten als de juridische argumenten.<sup>62</sup> Verder kan de inbreng van de rechter – mondeling op een zitting of blijkend uit een tussenvonnis – voor een partij aanleiding zijn om haar stellingen of standpunten aan te passen of te herformuleren. Herpositionering door een partij is derhalve niet per se een teken van een eerder tekortschieten, maar is ook inherent aan de aard van procesvoering.

60 Zie over het begrip tunnelvisie H.F.M. Crombag (2006), met verdere literatuurverwijzingen. Vergelijk ook Asser-Vranken (2005) p. 123 e.v.

61 Vergelijk ook H.F.M. Crombag (2006), die als middelen om een tunnelvisie te voorkomen onder meer noemt het serieus onderzoeken van tegenargumenten en het opsporen van tegenstrijdigheden in het dossier.

62 Een duidelijk voorbeeld van zo'n situatie biedt HR 22 juni 2007, NJ 2007, 344, waaruit ook blijkt wat de negatieve gevolgen voor de waarheidsvinding zijn wanneer zo'n herpositionering niet wordt toegestaan.

Dit dynamische karakter van procesvoering, en daarmee de waarheidsvinding, komt in de knel door een strikte toepassing van het trechtermodel. Er is dan ook alle aanleiding om de begrenzings binnen de procedure zo soepel mogelijk toe te passen.

#### 4.5.2 *Versoepeling van de trechter in het belang van waarheidsvinding*

De rechter is niet verplicht om strikt vast te houden aan het trechtersvormige verloop van de procedure. Als het belang van waarheidsvinding dat vraagt, zijn er allerlei mogelijkheden om soepel om te gaan met de verschillende fasen van de procedure.

In de eerste plaats staat de comparitie na antwoord de rechter ten dienste om het dynamische karakter van procesvoering tot zijn recht te laten komen. De comparitie na antwoord, die in veel gevallen de laatste fase van de procedure vormt,<sup>63</sup> is de plaats bij uitstek om aan waarheidsvinding te doen. De rechter moet bij partijen nagaan over welke feiten zij het wel of niet eens zijn, zeker nu de schriftelijke standpuntbepaling van partijen daarover lang niet altijd duidelijk en volledig is. Duidelijkheid over het al dan niet betwist zijn van feiten is echter van essentieel belang vanuit het oogpunt van waarheidsvinding. Na de comparitie zal de rechter immers een (tussen)vonnis maken en daarin de feiten waarover partijen het eens zijn, als vaststaand aanmerken, waardoor daarover in beginsel geen debat meer kan plaatsvinden. Vergelijk hierover paragraaf 3.4, waarin eveneens aan de orde kwam hoe belangrijk het is dat de rechter uiterst zorgvuldig te werk gaat bij de vaststelling van de feiten waarover partijen het eens zijn.

De rechter dient de comparitie ook te benutten om een zo volledig mogelijk beeld van de relevante feiten te verkrijgen. Wanneer er onduidelijkheden of leemtes in de door partijen gepresenteerde feiten zijn, moet de rechter om opheldering en uitleg vragen. Het spreekt wel vanzelf dat de rechter hiertoe begint met het stellen van vragen aan partijen.<sup>64</sup>

In de tweede plaats dient de rechter zich te realiseren dat juist wanneer zij op de comparitie van partijen doorvraagt, regelmatig nieuwe gegevens boven tafel komen. Wanneer deze nieuwe stellingen van essentieel belang zijn voor de beslissing van de rechter maar door de wederpartij worden betwist, dient de rechter partijen in de gelegenheid te stellen alsnog een conclusie van re- en dupliek te nemen. Art. 132 lid 2 Rv maakt dit ook mogelijk, *'indien zulks met het oog op een goede instructie van de zaak noodzakelijk is'*. In de praktijk blijken rechters zeer terughoudend met het toepassing geven aan deze bepaling en wordt na de comparitie vaak geen nadere stukkenwisseling meer toegestaan. In het vonnis

63 In slechts 1,5% van de civiele handelszaken wordt hoger beroep ingesteld, zodat in het overgrote deel van de zaken maar in één instantie wordt geprocedeerd, berekend op basis van het totale aantal handelszaken bij de rechtbanken en de hoven. Cijfers ontleend aan F.B. Bakels (2010) p. 545.

64 Zie over de praktische mogelijkheden en valkuilen voor de rechter bij het compareren uitvoerig J. van der Linden (2010).

worden dan feiten die voor het eerst ter comparitie door een partij naar voren zijn gebracht, als vaststaand aangemerkt, omdat ze ‘onvoldoende gemotiveerd betwist’ zijn.<sup>65</sup> Hierdoor wordt een partij de kans ontnomen om alsnog gemotiveerd en met stukken onderbouwd, te reageren op de stellingen van haar wederpartij. Niet alleen is dit onaanvaardbaar vanuit het gezichtspunt van hoor en wederhoor: het slechts *ad hoc en mondeling* kunnen reageren op nieuwe gezichtspunten, is niet gelijk te stellen met het recht op het geven van een doordachte en onderbouwde schriftelijke reactie. Door deze werkwijze komt de waarheidsvinding onder druk te staan, omdat het bepaald niet ondenkbaar is dat de rechter van incorrecte feiten uitgaat. De comparitie van partijen is een bijzonder nuttige fase in de procesvoering, maar mag niet verworden tot een onnodige en onterechte vertrechtering van de procedure.

In de derde plaats moet de rechter ruimhartig zijn bij het toestaan van bewijsoverlevering door partijen, zodat de waarheidsvinding niet te snel wordt beëindigd. Wanneer er tussen partijen discussie is over de juistheid van een bepaald feit, zal de rechter moeten beslissen of zij daarover direct een beslissing kan nemen of dat een onderzoek moet worden ingesteld naar de juistheid van het feit. Vergelijk hierover paragraaf 1.5: beperkt de rechter zich tot de eerste fase en neemt zij een oneigenlijke bewijsbeslissing (‘onvoldoende gemotiveerd betwist dan wel onvoldoende gesteld’), of gaat zij door naar de tweede fase en wordt een bewijsopdracht verstrekt of een deskundigenbericht ingewonnen. Zoals daar al is gezegd, is er een toenemende tendens dat de rechter de feitenvaststelling geheel afdoet in de eerste fase. Maar vanuit een oogpunt van waarheidsvinding heeft het natuurlijk de voorkeur dat de rechter voor de laatste optie kiest en daarmee in ieder geval zoveel mogelijk de beschikking krijgt over alle relevante informatie. Om die reden schrijft de Hoge Raad ook voor dat de rechter een gespecificeerd en relevant bewijsaanbod in beginsel altijd moet honoreren.

Het dynamische karakter van procesvoering komt sterk voren bij de overgang van de eerste aanleg naar het hoger beroep. Partijen hebben immers het recht om in hoger beroep nieuwe feiten toe te voegen, nieuwe bewijsmiddelen aan te dragen en alsnog of opnieuw bewijsverrichtingen te plegen. In de praktijk wordt hiervan ook ruim gebruik gemaakt; daaruit blijkt ook wel dat het kennelijk niet eenvoudig is om direct bij aanvang van de procedure te bepalen welke informatie moet worden verstrekt.

Hier ligt een vierde mogelijkheid voor de rechter om de vertrechtering tegen te gaan: de appelrechter kan in hoger beroep de waarheidsvinding voortzetten en zelfs het feitencomplex van vooraf aan opnieuw opbouwen. Met enige regelmaat wordt in de literatuur gepleit voor een beperking van deze herkansingsfunctie van

65 Ook M.J.A.M. Ahsmann (2010) p. 17 signaleert deze ‘*zorgelijke praktijk*’.



het hoger beroep.<sup>66</sup> De mogelijkheden voor een partij om in hoger beroep nieuwe feiten en bewijsmiddelen aan te dragen, zouden binnen het huidige systeem te ruim zijn en in de weg staan aan een efficiënt verloop van de procedure. Bovendien zou in de hand worden gewerkt dat partijen met opzet ‘zand in de machine gooien’ of op onvolkomen wijze procederen.

Het beperken van het recht van partijen om in hoger beroep nieuwe feitelijke stellingen in te nemen en bewijsmiddelen aan te dragen, zou echter een beknotting van de waarheidsvinding tot gevolg hebben.<sup>67</sup> Niet alleen zou de herkansingsfunctie van het rechtsmiddel van hoger beroep grotendeels teniet worden gedaan. Bovendien geldt dat juist de inhoud van het in eerste aanleg gewezen vonnis voor partijen aanleiding zal zijn tot de hierboven besproken herpositionering. Het hoger beroep is dan bij uitstek het moment om nadere stellingen of bewijsmiddelen aan te dragen en, voor de rechter, om aan nadere waarheidsvinding te doen. Het hoger beroep is dus ook een instrument ter bevordering van de waarheidsvinding.<sup>68</sup>

Overigens moet wel worden geconstateerd dat er een zekere ongerijmdheid in het procesrecht zit, waar enerzijds het hoger beroep aan een partij ruime mogelijkheden biedt tot het aanvullen van stellingen en zo nodig herstellen van fouten, terwijl het recht anderzijds partijen verplicht om zo vroeg mogelijk in de procedure alle relevante stellingen en feiten op tafel te leggen. Om ook die laatste verplichting serieus te nemen, zou de appelrechter kunnen overwegen de kosten van een onnodig appel – doordat relevante stellingen of feiten in eerste aanleg niet naar voren zijn gebracht – voor rekening van de nalatige partij te brengen.<sup>69</sup>

Ten slotte kan de rechter tegenwicht bieden aan de vertrechtering van de procedure door niet te schromen zo nodig terug te komen op een in een tussenuitspraak reeds genomen beslissing wanneer later in de procedure, bijvoorbeeld bij een getuigenverhoor, blijkt dat die beslissing berustte op een incorrecte feitenvaststelling. In de Richtlijnen-Dorhout Mees werd om dezelfde reden bepleit om het tussenvonnis maar helemaal af te schaffen:

*“In dit systeem vervalt het interlocutoir vonnis, dat het proces in tweeën knoopt en vaak, naar bij de getuigenverhoren blijkt, op een onjuiste waardering van de feitelijke verhoudingen door de rechter berust. Dit wordt veroorzaakt doordat het uitsluitend op de*

66 Zie Asser-Groen-Vranken, Tzankova (2003) p. 203-204 en p. 268; F.J.H. Hovens (2005) p. 277 e.v. Zogenoemde nova zouden volgens hen slechts zijn toegestaan wanneer het uitsluiten daarvan in strijd komt met de beginselen van een goede rechtspleging (Hovens (2005) p. 284) of wanneer partijen een goede reden hebben voor het pas in hoger beroep aandragen van nieuwe stellingen of bewijsmiddelen (Asser-Groen-Vranken, Tzankova (2003) p. 268). Vergelijk ook M.W. de Hoon (2006).

67 Zie ook R.H. de Bock (2004-I) p. 125-139. Vergelijk voor een vergelijking met het bestuursprocesrecht op dit punt R.H. de Bock (1999).

68 Zie in deze zin ook Th. B. ten Kate (1983) p. 72 en p. 78 e.v.

69 Zie over de wenselijkheid om bij de kostenveroordeling rekening te houden met het procedureel gedrag van partijen, P. Sluiter (2008) en I. Tillema (2011).

*stukken gebaseerd is en alle in de conclusies geponeerde stellingen, voor zover zij niet ontkend zijn, als vaststaand aanneemt. De kans is daarom groot, dat een interlocutoir vonnis bezijden de werkelijke feitelijke verhouding tussen partijen blijft.*"<sup>70</sup>

Inmiddels biedt de rechtspraak van de Hoge Raad de ruimte om zo nodig terug te komen op eindbeslissingen in tussenuitspraken; de leer dat uitsluitend kon worden teruggekomen van een onjuist gebleken eindbeslissing wanneer de gebondenheid aan die beslissing onaanvaardbaar zou zijn, is verlaten.<sup>71</sup> Thans geldt dat de rechter bevoegd is om haar beslissing te heroverwegen, wanneer zij in een latere fase van de procedure ontdekt dat een eerdere beslissing op een onjuiste juridische of feitelijke grondslag berust.<sup>72</sup> Hierdoor is de strakke inkadering van het geschil, zoals die plaatsvindt in de loop van de verschillende fasen van de procedure, van haar scherpste kanten ontdaan, zonder dat de voordelen daarvan – een efficiënt en voortvarend verloop van de procedure – verloren gaan.

Toch zou dit niet moeten betekenen dat de rechter *verplicht* is om altijd terug te komen op beslissingen waarvan later blijkt dat zij op een onjuiste feitelijke grondslag berusten. Wanneer die onjuiste beslissing het gevolg is van een eerdere schending van de waarheidsplicht van een partij, kan dit een argument zijn voor de rechter om niet in het voordeel van die partij terug te komen op een eerdere beslissing.<sup>73</sup> Op zijn minst zou de rechter een dergelijke processtrategie kunnen afstraffen met een proceskostenveroordeling.<sup>74</sup>

Ook is het niet de bedoeling dat partijen maar eindeloos hun debat blijven voortzetten, ook nadat de rechter daarin al knopen heeft doorgenhakt. Het gaat er om dat de rechter zich de vrijheid gunt om terug te komen op beslissingen, wanneer later in de procedure blijkt dat die beslissingen duidelijk berusten op een incorrecte feitenvaststelling. De rechter kan en mag daaraan niet gehouden zijn. Vergelijk Jolowicz:

70 Richtlijnen-Dorhout Mees (1948) punt 3, p. 136.

71 Zie voor deze leer HR 5 januari 1996, NJ 1996, 597 m.nt. HER.

72 Zie HR 25 april 2008, NJ 2008, 553 m.nt. H.J. Snijders. Zie over deze uitspraak ook P.A. Fruytier (2009), A.J.P. Schild (2008) en C.J. Verduyn (2008). Opvallend is de motivering die Hoge Raad geeft voor de nieuwe koers: het nemen van een beslissing die berust op een onjuiste feitelijke grondslag, zou strijdig zijn met de eisen van een goede procesorde. De oude leer van de bindende eindbeslissing werd echter ook opgehangen aan de goede procesorde, want het terugkomen op een bindende eindbeslissing zou tot ongewenste vertraging van de procesgang leiden, zie HR 4 mei 1984, NJ 1985, 3 m.nt. WHH. In een latere uitspraak van HR 26 november 2010, NJ 2010, 634, is deze motivering niet meer herhaald, maar is overwogen, kort gezegd, dat de rechter mag terugkomen op een bindende eindbeslissing, indien die berust op een onjuiste feitelijke grondslag, in die zin dat haar eerdere oordeel was gegrond op een onhoudbare feitelijke lezing van een of meer gedingstukken, welke lezing, bij hanhaving, zou leiden tot een einduitspraak waarvan de rechter overtuigd is dat die ondeugdelijk zou zijn.

73 Vergelijk P.A. Fruytier (2009) p. 95.

74 Vergelijk P. Sluiter (2008) en I. Tillema (2011).

*“There is something almost indecent about the court pronouncing judgement on suppositions of fact which are known to be unreal or untrue (...)”*<sup>75</sup>

Het verplichte en definitieve karakter van de rechterlijke beslissing moet aanleiding zijn voor de rechter om zoveel mogelijk te voorkomen dat wordt uitgegaan van incorrect vastgestelde feiten, *in ieder geval* wanneer de rechter weet dat die feiten zich in werkelijkheid niet hebben voorgedaan.

Het belang van waarheidsvinding is gediend met terughoudendheid bij het opwerpen van begrenzings binnen de procedure; waarheidsvinding gedijt beter bij uitgestelde oordeelsvorming en voortgezette discussie. Onvermijdelijk is echter dat ook het belang van een voortvarende procedure wordt nagestreefd. Dit is onderwerp van de volgende paragraaf.

#### 4.6 Waarheidsvinding versus het belang van een voortvarende procedure

In de rechterlijke procedure zijn er voortdurend keuzemomenten bij het bepalen van het verloop van de procedure. De wet geeft een algemeen kader, maar daarin heeft de rechter op tal van punten discretionaire bevoegdheden.<sup>76</sup> Moet wel of niet een getuigenverhoor worden gelast? Is er wel of niet aanleiding om een partij een nadere akte te laten nemen? Dient het verzoek om het inwinnen van een deskundigenbericht te worden gehonoreerd? De rechter moet hier van geval tot geval een beslissing over nemen, die van groot belang kan zijn voor de uitkomst van de procedure.

Bij dergelijke beslissingen moet het belang van waarheidsvinding worden afgewogen tegen het belang van een voortvarende procedure. Bij dat laatste belang spelen ook de kosten mee: hoe langer een procedure duurt en hoe meer proceshandelingen een partij moet plegen, des te meer kosten zijn verbonden aan het procederen. Het belang van waarheidsvinding pleit voor het toelaten van een nadere akte – wellicht wordt daarin nog belangrijke nieuwe informatie naar voren gebracht –, maar het belang van een voortvarende procedure is gediend met het wijzen van een eindbeslissing.<sup>77</sup>

Het belang van een voortvarende procedure is een zwaarwegend belang: niet alleen art. 6 EVRM vraagt om de afdoening van procedures binnen een redelijke termijn, maar ook rechtzoekenden hebben veel belang bij een snelle beslissing in hun geschillen. Het belang van een voortvarende procedure heeft dan ook ten grondslag gelegen aan vele wijzigingen of modernisering van de civiele pro-

<sup>75</sup> J.A. Jolowicz (2000) p. 180.

<sup>76</sup> Burkhard Hess (2000) p. 50 e.v. stelt in dit verband dat de discretionaire bevoegdheden in het procesrecht minstens zo belangrijk zijn als die in het materiële recht.

<sup>77</sup> Overigens speelt hier ook het belang dat de kosten van de procedure niet te (onevenredig) hoog worden; elke nadere processuele verrichting gaat gepaard met kosten.

cesrecht zijn doorgevoerd.<sup>78</sup> Hiernaast wordt de afgelopen jaren ook vanuit de gerechten zelf, daartoe genoopt door de financieringssysteem van de Raad voor de Rechtspraak, steeds meer gestuurd op een voortvarende afdoening van procedures.<sup>79</sup>

Maar bij nadere beschouwing legt het belang van waarheidsvinding – bij de belangenafwegingen die hier aan de orde zijn – toch minstens zo veel gewicht in de schaal als het belang van een voortvarende procedure. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de vaste rechtspraak dat de rechter een verzoek om het horen van getuigen in beginsel steeds moet honoreren.<sup>80</sup> Dat te verwachten is dat een getuigenverhoor niets bijdraagt aan de waarheidsvinding en dus alleen maar tot vertraging in de procedure leidt, mag geen grond voor afwijzing zijn. Zelfs wanneer in een eerder stadium van de procedure al getuigen zijn gehoord, dient de rechter in beginsel heropening van het getuigenverhoor toe te staan:

*“Gezien het belang van waarheidsvinding in rechte, welk belang kan vereisen dat ook na de sluiting van enquête en contra-enquête nog getuigen worden gehoord, dient een partij in het algemeen de bevoegdheid toe te komen heropening van het verhoor te verzoeken, zij het dat deze bevoegdheid, mede gelet op het belang van een voortvarende procesvoering, haar begrenzing vindt in de eisen van een goede procesorde. De rechter die met een beroep op deze eisen een verzoek om heropening afwijst, dient evenwel gemotiveerd aan te geven waarom die eisen in het betrokken geval, mede gezien een op dat geval toegespitste afweging van de hiervoor bedoelde belangen, aan inwilliging van het verzoek in de weg staan.”<sup>81</sup>*

Uit deze overweging kan worden afgeleid dat bij het al of niet toelaten van getuigenverhoor, het belang van waarheidsvinding in beginsel vóór het belang van een voortvarende procedure gaat. Er moeten bijkomende omstandigheden zijn om het belang van een voortvarende procedure zwaarder te laten wegen. Het enkele gegeven dat heropening van het getuigenverhoor tot vertraging leidt, is onvoldoende grond voor afwijzing. De rechter moet gemotiveerd aangegeven waarom de eisen van een goede procesorde in het specifieke geval in de weg staan aan inwilliging van het verzoek. Bij een verzoek om heropening van een getuigenverhoor kan dat aan de orde zijn wanneer bijvoorbeeld zonder reden of herhaaldelijk wordt verzocht

78 Zoals bijvoorbeeld de invoering van de substantiëringsplicht en het in beginsel niet kunnen instellen van tussentijds appel of cassatieberoep. Ook is in de wet neergelegd dat de rechter een eigen verantwoordelijkheid heeft bij het voorkomen van onredelijke vertraging van de procedure, zie art. 20 lid 1 Rv.

79 De vraag kan gesteld worden of die sturing leidt tot andere rechterlijke keuzes dan zonder die sturing gemaakt zouden zijn. Aannemelijk is dat dit het geval is, zie hierover M.J.A.M. Ahsmann (2010), met cijfers van de Rotterdamse rechtbank die dit onderbouwen.

80 Zie bijvoorbeeld HR 15 december 2006, NJ 2007, 448; HR 1 april 2005, NJ 2006, 5.

81 HR 13 september 1996, NJ 1996, 731.

om heropening van een getuigenverhoor. Daarmee kan sprake zijn van misbruik van procesrecht of van een *onaanvaardbare* vertraging van de procedure.<sup>82</sup>

In het licht van deze rechtspraak is er overigens alle aanleiding voor de rechter om van zaak tot zaak na te gaan of er grond is om ambtshalve een bewijsopdracht te verstrekken, zoals ook al is aangestipt in paragraaf 3.6. Uit het oogpunt van waarheidsvinding is er een zekere spanning tussen de strenge rechtspraak over het niet mogen passeren van een bewijsaanbod, en de grote vrijheid van de rechter – waarvan zij ook ruimschoots gebruik maakt<sup>83</sup> – om niet ambtshalve een getuigenverhoor te gelasten. Als het horen van getuigen zo belangrijk is voor de waarheidsvinding, waarom zou de rechter zich dan afhankelijk maken van een al dan niet goed geformuleerd bewijsaanbod van partijen?

De wijze waarop de rechter een verzoek om het horen van getuigen moet behandelen, is vergelijkbaar met de waarop moet worden omgegaan met het verzoek om pleidooi. Het mondeling doen bepleiten van een zaak is in beginsel in het voordeel van de waarheidsvinding (vergelijk paragraaf 2.4.6), maar kost ook extra tijd en kan dus vertraging van de procedure opleveren. De Hoge Raad houdt echter strikt vast aan het uitgangspunt dat de rechter een verzoek om pleidooi in beginsel steeds dient toe te staan, ook al levert het vertraging van de procedure op.<sup>84</sup> Alleen in uitzonderlijke gevallen, wanneer sprake is van ‘klemmende redenen’ of wanneer de vertraging van de procedure *onaanvaardbaar* wordt,<sup>85</sup> mag de rechter een verzoek om pleidooi afwijzen. Zelfs wanneer al een comparitie van antwoord heeft plaatsgevonden, hebben partijen recht op pleidooi.<sup>86</sup> Dit betekent ook dat de rechter terughoudend moet omgaan met de door de wet geboden mogelijkheid om geen pleidooi toe te staan wanneer partijen op een comparitie van partijen ‘hun standpunt in voldoende mate mondeling hebben kunnen uiteenzetten’ (art. 134 lid 1 Rv).

In deze voorbeelden is het enkele feit dat de door een partij verzochte proceshandeling of bewijsverrichting vertraging in de procedure veroorzaakt, onvoldoende om op te wegen tegen het belang van waarheidsvinding. Er moeten bijkomende omstandigheden zijn om voorbij te gaan aan het belang van waarheidsvinding. Daarvoor moet nader worden bepaald wat in het concrete geval het gewicht van of de ernst van de inbreuk op de betrokken belangen – voortvarend procederen en waarheidsvinding – is.

Bij het invullen van het gewicht van het belang van waarheidsvinding in een concreet geval moet onderkend worden dat waarheidsvinding niet alleen betekenis heeft voor het resultaat, het zoveel mogelijk juist vaststellen van de relevante feiten. Daarnaast ligt het belang van waarheidsvinding ook in een behoorlijk verloop van

82 A-G Vranken in zijn conclusie bij NJ 1996, 731.

83 M.J.A.M. Ahsmann (2010).

84 HR 7 juli 2003, NJ 2003,567; HR 3 oktober 2003, NJ 2004, 3; HR 11 juli 2003, NJ 2003, 567; HR 15 maart 1996, NJ 1997, 341 m.nt. HJS.

85 HR 15 maart 1996, NJ 1997, 341 m.nt. HJS.

86 HR 15 november 2002, NJ 2004, 2. Zie hierover onder meer N.H. Margetson (2004).

de procedure; het gaat ook om het *proces* van waarheidsvinding (vergelijk paragraaf 2.5). Dit is een belangrijke reden waarom een verzoek om een getuigenverhoor niet mag worden afgewezen op grond van een prognose over de inhoud van de getuigenverklaringen. Het gaat er immers niet alleen om of de getuigen feitelijk zullen bijdragen aan de inhoud van de waarheidsvinding, maar even belangrijk is dat partijen door het horen van getuigen in staat worden gesteld de door hen gewenste bijdrage te leveren aan het proces van waarheidsvinding. Afwijzing op grond van een prognose veronderstelt bovendien dat de rechter een inschatting kan maken van de bijdrage die de gevraagde proces- of bewijsverrichting aan de waarheidsvinding zal leveren. Dit zal echter in veel gevallen niet mogelijk zijn, omdat pas achteraf kan worden vastgesteld wat die bijdrage was.

Hieruit blijkt ook dat het vaak lastig zal zijn om in een concreet geval te bepalen wat de ernst van de inbreuk op het belang van waarheidsvinding is, als een gewenste proces- of bewijsverrichting niet wordt toegestaan. Het inschatten van de bijdrage aan de waarheidsvinding van nadere proces- of bewijsverrichtingen is eenvoudiger wanneer de rechter al weet wat de inhoud daarvan is. Een voorbeeld hiervan biedt de situatie dat een partij verzoekt om heropening van het verhoor van een eerder door de rechter gehoorde getuige. Wanneer niet is aangegeven dat de betreffende getuige nog meer zou kunnen verklaren dan hij reeds heeft gedaan, mag de rechter dit verzoek weigeren.<sup>87</sup> Dit is terecht: omdat de rechter de getuige al heeft gehoord, is haar bekend wat de verklaring van die getuige heeft te bieden. Alleen wanneer een partij gemotiveerd stelt dat de getuige nog méér kan verklaren, is er aanleiding om opnieuw te horen. Maar ook hier geldt dat de rechter natuurlijk ook zelf redenen kan hebben om een getuige opnieuw te willen horen.

Bespreking verdient nog de situatie dat een partij in een laat stadium van de procedure nieuwe feiten stelt of nieuwe stellingen naar voren brengt. Ook daar komt het aan op een afweging tussen het belang van waarheidsvinding en dat van een voortvarend verloop van de procedure. Tot voor kort was het uitgangspunt hier dat een partij gedurende de gehele procedure nieuwe feiten mocht stellen,<sup>88</sup> dus ook in hoger beroep<sup>89</sup> en zelfs bij pleidooi in hoger beroep.<sup>90</sup> Alleen wanneer

87 Onder meer HR 19 januari 2007, NJ 2007, 575 m.nt. M.H. Wissink; HR 12 september 2003, NJ 2005, 268 m.nt. DA.

88 Niet van belang was of de partij de feiten al eerder had kunnen aanvoeren. De vrijheid om nieuwe stellingen in te nemen gold ook wanneer de partij in een eerdere fase van de procedure een andere stelling over de betrokken feiten innam; zie HR 1 maart 2002, NJ 2003, 355 m.nt. HJS.

89 HR 11 december 1998, NJ 1999, 341.

90 HR 23 september 2005, NJ 2006, 471; HR 29 september 1995, NJ 1996, 104; HR 27 september 1991, NJ 1991, 801; HR 26 april 1991, NJ 1992, 407 m.nt. JBMV. Als voorwaarde voor het stellen van nieuwe feiten bij pleidooi in hoger beroep gold wel dat geen sprake mag zijn van het aanvoeren van nieuwe grieven. Nieuwe grieven bij pleidooi moeten hoe dan ook buiten beschouwing blijven, tenzij de wederpartij er mee instemt dat ze in de beoordeling worden betrokken. Zie onder meer HR 28 februari 1992, NJ 1992, 409; HR 14 juni 1991, NJ 1992, 408; HR 1 juli 1988, NJ 1989, 156 m.nt. WHH.

de wederpartij op die stellingen of feiten niet meer voldoende had kunnen reageren of wanneer de nieuwe stellingen of feiten een nader onderzoek nodig zouden maken, waarvoor het geding geen gelegenheid meer biedt, was er aanleiding om aan de nieuwe feiten voorbij te gaan.<sup>91</sup> Het belang van waarheidsvinding woog zo duidelijk zwaarder dan het belang van voortvarend procederen.

Inmiddels is het accent echter meer gelegd bij het belang van voortvarend procederen en wordt, net als voor het aanvoeren van grieven, geëist dat nieuwe feiten of nieuwe stellingen in beginsel direct in de memorie van grieven naar voren worden gebracht ('de in beginsel strakke twee-conclusie-regel').<sup>92</sup> Waarheidsvinding heeft hier dus minder gewicht gekregen, ten gunste van voortvarend procederen.

Hoewel dit op zich zelf past in de trend van de afgelopen jaren, waarin, terecht, sterk de nadruk is gelegd op het terugdringen van de lengte van de civiele procedure, rijst toch de vraag of de rechter niet moet nagaan hoeveel gewicht het belang van waarheidsvinding in het concrete geval in de schaal legt. De rechter zou daartoe moeten nagaan of de nieuwe feiten of stellingen vanuit het oogpunt van waarheidsvinding zo belangrijk zijn, dat deze bij de beoordeling moeten worden betrokken. Als het antwoord op die vraag bevestigend luidt, zou de rechter de nieuwe feiten of stellingen alsnog bij de beoordeling moeten betrekken. Uiteraard moet de wederpartij op grond van het beginsel van hoor en wederhoor de mogelijkheid krijgen zich daarover nog uit te laten.

Een dergelijke, inhoudelijke benadering zou aansluiten bij de rechtspraak over het toelaten van nieuwe bewijsstukken die vlak voor of tijdens een mondelinge behandeling – vaak het sluitstuk van de procedure – in het geding worden gebracht.

Het startpunt is daarin steeds dat de rechter uitspraak moet doen aan de hand van alle stukken die partijen in het geding hebben gebracht.<sup>93</sup> Voor het buiten beschouwing laten van stukken is slechts aanleiding bij wijze van *uitzondering*, met name wanneer sprake is van schending van het beginsel van hoor en wederhoor. Van het zonder meer weigeren van laat ingediende stukken kan dus geen sprake zijn. Zelfs wanneer sprake is van overschrijding van termijnen uit het rolreglement zal de rechter nieuwe stukken niet zomaar mogen weigeren (anderzijds betekent het wel aanhouden van de termijnen ook niet automatisch dat wél is voldaan aan het beginsel van hoor en wederhoor).<sup>94</sup> De rechter moet beoordelen of de stukken qua aard en omvang eenvoudig te doorgronden zijn; als dat zo is moeten de stukken zonder meer worden toegelaten. Wanneer de stukken niet eenvoudig te doorgronden

91 Dit is vaste rechtspraak van de Hoge Raad sinds HR 6 april 1979, NJ 1980, 34 m.nt. CJHB. Zie V.C.A. Lindijer (2006) p. 187.

92 Het arrest HR 20 juni 2008, NJ 2009, 21, vormt hier een keerpunt. Zie hierover ook Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent (2009) p. 143. Zie ook HR 19 juni 2009, NJ 2010, 154 m.nt. Snijders.

93 HR 24 december 1993, NJ 1994, 194. Vergelijk ook V.C.A. Lindijer (2006) p. 245 e.v.

94 HR 3 december 2010, NJ 2010, 650; HR 7 december 2007, NJ 2008, 554 m.nt. H.J. Snijders.

zijn, moet de rechter nagaan of de wederpartij geen bezwaar heeft tegen het alsnog in het geding brengen van de stukken, in welk geval de stukken ook moeten worden toegelaten. Zo nodig moet de rechter gelegenheid geven aan de wederpartij om alsnog voldoende kennis te nemen van de stukken en een inhoudelijke reactie te geven. Hierbij kan van belang zijn of van een partij verwacht had mogen worden dat zij de stukken eerder in het geding had gebracht, maar óók, zo overweegt de Hoge Raad, “*dat, zeker in de procedure in hoger beroep, de pleitzitting in het algemeen de laatste gelegenheid zal zijn tot nadere feitelijke onderbouwing van een vordering of verweer.*”<sup>95</sup> Ook hier is er bij de belangenafweging dus aandacht voor het belang van een correcte feitenvaststelling.

Met een dergelijke inhoudelijke belangenafweging wordt meer recht gedaan aan het belang van waarheidsvinding in de procedure. Het belang van een voortvarende procedure mag niet bij voorbaat zwaarder wegen; van geval tot geval moet worden nagegaan of er reden is om in een laat stadium aangevoerde feiten of ingebrachte bewijsmiddelen zo belangrijk zijn voor de waarheidsvinding, dat ze bij de beoordeling moeten worden betrokken. Als het erop aankomt, heeft een rechterlijke beslissing die volgt op een verlengde procedure maar die is gebaseerd op een correcte feitelijke basis, de voorkeur boven een snelle beslissing, gebaseerd op een onjuiste feitenvaststelling.<sup>96</sup>

Voor de rechter in eerste aanleg geldt als extra argument dat wanneer te snel wordt gekozen voor een voortvarende afdoening van de zaak, ten koste van waarheidsvinding, de kans groot is dat een van partijen hoger beroep instelt om alsnog de gelegenheid te krijgen getuigen te horen of bewijsmiddelen in te brengen. Daarmee wordt uiteindelijk de procedure alleen maar vertraagd.

Toch blijft het natuurlijk onwenselijk dat partijen in een laat stadium van de procedure met nieuwe stellingen of bewijsmiddelen komen. De rechter zou daarom in zo’n situatie kunnen en misschien ook moeten overgaan tot een veroordeling in (een deel van) de proceskosten van de nalatige partij, zodat toch een sanctie wordt gesteld op een dergelijke gebrekkige wijze van procederen. Daarbij valt aan te tekenen dat het in een laat stadium van de procedure in het geding brengen van nieuwe stukken ook strijdig kan zijn met de volledigheidsplicht van art. 21 Rv.<sup>97</sup> De rechter kan aan schending van deze bepaling de gevolgtrekking verbinden die

95 Hr 3 december 2010, NJ 2010, 650.

96 Meer theoretisch valt ook de vraag te stellen of het wel wenselijk is procederen té aantrekkelijk te maken. Zie hierover J.A. Jolowicz (2000) p. 71-72: “*It is, however, essential to maintain a balance. If litigation is too costly and if the resolution of litigated disputes is too long delayed, the law will not be effective; self-help and injustice may result. On the other hand, if litigation is too easy – if, to all intents and purposes there is no disincentive to litigation – then the volume of litigation will rise and delay, if not also cost, will once more increase and the law’s effectiveness will be correspondingly reduced.*”

97 Zoals eerder is gesteld, is dit niet altijd het geval, omdat een partij niet altijd kan overzien welke informatie voor de rechter van belang zal zijn (vergelijk paragraaf 1.4 en 3.5).



zij geraden acht en dus ook een veroordeling in de proceskosten uitspreken.<sup>98</sup> Dit sluit aan bij art. 237 lid 1 Rv, waarin is neergelegd dat kosten die nodeloos zijn veroorzaakt, voor rekening kunnen worden gelaten van de partij die deze kosten heeft veroorzaakt.

#### 4.7 Waarheidsvinding versus het belang van vertrouwelijkheid

Een meer complexe belangentegenstelling is aan de orde wanneer het belang van waarheidsvinding in strijd komt met het belang dat bepaalde gegevens vertrouwelijk blijven. Dat deze belangentegenstelling meer complex is, heeft in de eerste plaats te maken met het feit dat het belang van vertrouwelijkheid geen duidelijke inhoud heeft. Achter het belang van vertrouwelijkheid van informatie gaat een veelheid aan andere belangen schuil, zoals het belang van bescherming van de persoonlijke levenssfeer (privacy), het belang van vertrouwelijkheid in een relatie met een derde, het belang van de staatsveiligheid of bedrijfseconomische belangen.<sup>99</sup> Door deze verscheidenheid aan achterliggende belangen is een *a priori* rangschikking tussen waarheidsvinding en het belang van vertrouwelijkheid niet mogelijk.

Een tweede complicatie is dat de vertrouwelijke informatie afkomstig kan zijn van een derde of bij een derde kan berusten. Daardoor kunnen bij de afweging tussen het belang van waarheidsvinding en het belang van vertrouwelijkheid niet alleen de belangen van partijen, maar ook die van derden betrokken zijn. In de rechtspraak blijkt van groot belang te zijn of de vertrouwelijke informatie berust bij procespartijen zelf of bij een derde. Beide situaties zullen daarom afzonderlijk worden besproken: de vertrouwelijke gegevens van partijen in de paragrafen 4.7.1 tot en met 4.7.4 en de vertrouwelijke gegevens van derden in de paragrafen 4.7.5 tot en met 4.7.8.

##### 4.7.1 *Vertrouwelijke gegevens van partijen*

Het uitgangspunt is dat procespartijen verplicht zijn alle voor de beslissing relevante informatie in de procedure naar voren te brengen; dit is de *informatieverplichting* van partijen. Hierbij gaat het zowel om de plicht alle relevante *feiten* in de processtukken te stellen, als om het in het geding brengen van alle onderliggende *gegevens*, dus de schriftelijke bewijsmiddelen. De grondslag voor deze verplichting is de waarheidsplicht van art. 21 Rv – in het bijzonder de daarin besloten liggende volledigheidsplicht –, waarover al is gesproken in paragraaf 2.4.1.

De informatieverplichting is uitgewerkt in verschillende wettelijke bepalingen. Art. 85 Rv bevat de verplichting van een partij om bij haar dagvaarding, conclusie of akte een afschrift te voegen van de stukken (producties) waarop zij zich beroept.

<sup>98</sup> Parlementaire geschiedenis herziening burgerlijk procesrecht (2002) p. 148.

<sup>99</sup> J.B.M. Vranken (1986) p. 69 en zijn noot onder punt d bij NJ 1990, 779.

Art. 111 lid 3 Rv schrijft voor dat de dagvaarding vermeldt over welke bewijsmiddelen een partij beschikt en art. 128 lid 5 Rv bevat een vergelijkbare bepaling voor de conclusie van antwoord. Art. 22 Rv geeft de rechter de bevoegdheid om partijen te bevelen bepaalde, op de zaak betrekking hebbende, bescheiden over te leggen. Verder is belangrijk de exhibitieplicht van art. 843a Rv,<sup>100</sup> tegenwoordig ook aangeduid als het inzagerecht. De exhibitieplicht houdt in dat een partij of derden verplicht kunnen zijn om op vordering van haar wederpartij inzage te geven in bepaalde bescheiden,<sup>101</sup> dan wel afschrift van of uittreksel uit die bescheiden te geven (hierna kortweg aan te duiden als de openbaarmaking van gegevens).<sup>102</sup>

De informatieverplichting van partijen wordt gecomplementeerd door de mogelijkheid om *bewijsbeslag* te leggen. Hoewel een wettelijke regeling hiervoor ontbreekt,<sup>103</sup> is sinds een aantal jaren in de rechtspraak de mogelijkheid gecreëerd tot het leggen van conservatoir beslag op bescheiden – bij de wederpartij of bij derden – ter bewaring van het recht tot inzage van bepaalde bescheiden. De grondslag hiervoor wordt gevonden in art. 730 Rv jo. 843a Rv.<sup>104</sup> Bewijsbeslag is een belangrijk middel voor een partij om de informatieverplichting van de wederpartij daadwerkelijk te effectueren; de wederpartij kan immers worden gedwongen om bescheiden ter inzage af te staan.

100 Vergelijk ook nog art. 162 Rv, dat het oude artike. 8 WvK bevat, betreffende de openlegging van boeken, bescheiden en geschriften, alsmede art. 843b Rv, dat zich toespitst op het verkrijgen van afschrift, uittreksel of inzage in bewijsmiddelen die een partij heeft verloren. Ook in verschillende andere wettelijke bepalingen van materieel recht zijn informatieverplichtingen neergelegd, zie hierover P.J. van der Korst (2007).

101 Het begrip ‘bescheiden’ dient ruim te worden uitgelegd; daaronder vallen ook films, foto’s, geluidsbanden en computerbestanden. Zie Parlementaire geschiedenis herziening burgerlijk procesrecht (2002) p. 553. Vergelijk J.R. Sijmonsma (2010) p. 165 e.v.

102 ‘Openbaarmaking’ heeft hierbij geen algemene betekenis; het gaat slechts om het inbrengen van gegevens *in de procedure*.

103 Met uitzondering van art. 1019b Rv, dat in IE-zaken de mogelijkheid geeft tot het treffen van bewijsbeschermende maatregelen.

104 Door het ontbreken van een specifieke regeling voor bewijsbeslag bestaat over een aantal vragen nog discussie, bijvoorbeeld of sprake moet zijn van vrees voor verduistering en of het beslag gericht is op een recht tot inzage en/of een recht op afgifte, of dat slechts een recht tot bewaring van het recht op inzage en/of afgifte kan worden verkregen. Om duidelijkheid te verkrijgen, zou de wetgever een regeling voor het bewijsbeslag moeten treffen, waarvoor is gepleit door onder meer J. Ekelmans (2010) p. 298 e.v.; J.R. Sijmonsma (2010) p. 218; T.J.J. Bodewes (2009) en J.G.A. Linssen (2009). De Adviescommissie voor het Burgerlijk Procesrecht (2008) p. 14, heeft een wettelijke regeling ontraden, met name omdat bij het verkrijgen van verlof voor beslaglegging, de wederpartij niet wordt gehoord, hetgeen misbruik in de hand zou kunnen werken. Zie over de mogelijkheid van bewijsbeslag ook reeds W.A. Hoyng (1991) p. 108-111; J.M. Barendrecht en W.A.J.P. van den Reek (1994) en voorts over de Europeesrechtelijke aspecten H.B. Krans (2010) p. 135 e.v.

#### 4.7.2 De afweging tussen waarheidsvinding en vertrouwelijkheid

Voor alle informatieverplichtingen geldt dat ze niet onverkort gelden. Het verstrekken van schriftelijke informatie hoeft niet wanneer de partij die de informatie onder zich heeft, *gewichtige redenen* heeft om de gegevens niet openbaar te maken. Deze uitzondering is in de wet neergelegd in art. 22 Rv en art. 843a Rv.

Het is aan de rechter overgelaten om te bepalen of sprake is van gewichtige redenen om bepaalde informatie niet in het geding te brengen. In de wetsgeschiedenis worden als voorbeeld genoemd gegevens betreffende de seksuele geaardheid, de medische status of financiële positie of vertrouwelijke bedrijfsgegevens.<sup>105</sup> De rechter moet, mede op basis van de vraag of er gewichtige redenen zijn, een belangenafweging maken:

*“Onder omstandigheden zullen redenen die zijn aangevoerd tegen een verplichting tot verstrekking van stukken minder zwaar wegen dan de eisen van een behoorlijke rechtsbedeling. Hierbij komt het in beginsel erop aan of een partij een onredelijk (of: ‘unfair’) voordeel geniet, of haar wederpartij een dito nadeel lijdt doordat een bepaald (bewijs)-stuk in de procedure niet (als bewijsmiddel) beschikbaar komt.”*<sup>106</sup>

Bij de beoordeling van de vraag of sprake is van gewichtige redenen om bepaalde informatie niet in het geding te brengen, zal het primair aankomen op een afweging tussen het belang voor de waarheidsvinding van de informatie en het belang bij vertrouwelijkheid van die informatie.<sup>107</sup> Aan de kant van de waarheidsvinding kan bovendien het beginsel van *equality of arms* gewicht in de schaal leggen. Dit beginsel is te zien als een element van de ‘goede rechtsbedeling’, zoals genoemd in het hiervoor aangehaalde citaat uit de wetsgeschiedenis. Het beginsel brengt onder meer mee dat partijen een gelijkwaardige bewijspositie moeten hebben.<sup>108</sup> Die gelijkwaardigheid wordt gefrustreerd wanneer een partij bepaalde informatie achterhoudt.<sup>109</sup> Dit vormt derhalve een extra reden waarom een partij wél bepaalde informatie in het geding moet leggen.

Aan de andere kant van de weegschaal kunnen er mogelijk nog andere argumenten zijn voor een partij om informatie niet te openbaren, bijvoorbeeld financiële argumenten. Hiervan zijn echter nauwelijks voorbeelden in de rechtspraak te vinden, laat staan dat die argumenten zo zwaar wegen dat ze het belang van waarheidsvin-

<sup>105</sup> Parlementaire geschiedenis herziening burgerlijk procesrecht (2002) p. 157.

<sup>106</sup> Parlementaire geschiedenis herziening burgerlijk procesrecht (2002) p. 553.

<sup>107</sup> Zie onder meer J. Ekelmans (2010) p. 104 e.v.; J.L.R.A. Huydecoper (2010) p. 325; P.J. van der Korst (2007) p. 133; J.R. Sijmonsma (2007) p. 53; J. Ekelmans (2005) p. 65.

<sup>108</sup> EHRM 27 oktober 1993, NJ 1994, 534 (Dombo Beheer/Nederland).

<sup>109</sup> Zie ook de rechtspraak van het HvJ EG, waarin is geoordeeld dat vertrouwelijkheid niet ten koste mag gaan van het recht van verweer en ‘het vereiste dat de procedure op alle onderdelen het recht op een eerlijk proces eerbiedigt.’ Zie HvJ EG 14 februari 2008, AB 2008, 341 m.nt. R.J.G.M. van Widdershoven.

ding opzij zetten en als gewichtige redenen in de zin van de wet kunnen worden aangemerkt.

Hoewel de rechtspraak over de invulling van het criterium ‘gewichtige redenen’ nog niet is uitgekristalliseerd, kan wel worden vastgesteld dat er in de rechtspraak van de Hoge Raad vrijwel geen voorbeelden zijn van een geslaagd beroep op vertrouwelijkheid van informatie door een procespartij. Toen de Staat, procederend als civiele partij, het strafdossier in het geding bracht van het bedrijf Benckiser, was het oordeel van de Hoge Raad dat:

*“(...) het Hof terecht [heeft] geoordeeld dat hier een afweging op haar plaats is tussen enerzijds de belangen van Benckiser waarin deze door overlegging van deze stukken wordt getroffen en anderzijds het belang van de Staat dat in de onderhavige zaak de waarheid van de door de Staat gestelde feiten komt vast te staan. Het hof heeft geen rechtsregel geschonden door te oordelen dat bij deze afweging in de gegeven omstandigheden dit laatste belang de doorslag behoort te geven.”*<sup>110</sup>

Ook in andere zaken is het belang van waarheidsvinding zwaarwegender geacht dan het belang van vertrouwelijkheid.<sup>111</sup> Omdat een belangenafweging moet worden gemaakt, zal de rechter *inhoudelijk* moeten toetsen of de gewichtige redenen zich in een bepaald geval voordoen.<sup>112</sup> Het is daarom noodzakelijk dat de rechter eerst zelf kennis neemt van de vertrouwelijke informatie, zo oordeelde de Hoge Raad.<sup>113</sup>

De consequentie hiervan is dat er een processuele voorziening moet zijn die het mogelijk maakt dat de rechter in het concrete geval de belangenafweging tussen geheimhouding en waarheidsvinding kan maken, zonder dat diezelfde rechter ook wordt belast met het nemen van een beslissing in de hoofdzaak.<sup>114</sup> Tot nu ontbreekt echter zo’n wettelijke voorziening. In het eerder aangehaalde arrest heeft

110 HR 14 april 1989, NJ 1990, 712 m.nt. CJHB en JCS. Vergelijk ook HR 3 januari 1997, NJ 1997, 451 m.nt. JdB, waarin een mededelingsplicht van de moeder werd aangenomen jegens haar dochter ten aanzien van de vraag wie de biologische vader van de dochter was, ook al stelde de moeder dat sprake was van verkrachting.

111 Idem J. Ekelmans (2010) p. 137 e.v.; J.R. Sijmonsma (2007) p. 54 e.v.; J. Ekelmans (2007-I) p. 39; J. Ekelmans (2005) p. 65; W.L. Roozendaal (2008) p. 134.

112 Idem J. Ekelmans (2010) p. 130. De stelling van de Adviescommissie voor het Burgerlijk Procesrecht, neergelegd in haar advies over gegevensverstrekking in burgerlijke zaken d.d. 14 juli 2008 onder punt 22, dat de rechter op dit punt slechts marginaal mag toetsen, kan derhalve niet worden onderschreven.

113 HR 20 december 2002, NJ 2004, 4 m.nt. JBMV; vergelijk HR 25 april 2008, BNB 2008, 162 m.nt. P.G.H. Albert.

114 J.L.R.A. Huydecoper (2010) oppert de mogelijkheid, onder verwijzing naar HvJ EG 14 februari 2008, NJ 2008, 271 (Varec/België), dat onder omstandigheden alleen de rechter en niet de wederpartij kennis neemt van bepaalde informatie, een zogenoemde ‘ex parte’ beoordeling.

de Hoge Raad als mogelijke oplossing verwezen naar de procedure van art. 8:29 van de Algemene wet bestuursrecht.<sup>115</sup>

Dat de in het kader van art. 22 Rv en art. 843a Rv te maken belangenafweging tussen waarheidsvinding en vertrouwelijkheid vrijwel steeds uitvalt ten gunste van de waarheidsvinding, hangt samen met het feit dat de rechtsgronden voor vertrouwelijkheid geen absoluut karakter hebben. Zelfs wanneer sprake is van wettelijke geheimhoudingsplichten, bevatten de betreffende wettelijke regelingen uitzonderingen waarop (beperkte) openbaarmaking mogelijk kan worden gebaseerd.<sup>116</sup> Ook het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer (art. 8 EVRM en art. 10 GW) is niet absoluut, maar staat toe dat daarop uitzonderingen worden gemaakt.<sup>117</sup> Wanneer sprake is van een duidelijk belang bij de vertrouwelijke gegevens in het kader van de waarheidsvinding in de procedure, wordt daarom al snel geoordeeld dat er een rechtvaardiging is om inbreuk te maken op het recht van geheimhouding of vertrouwelijkheid.<sup>118</sup>

Wanneer partijen contractueel overeengekomen zijn om bepaalde informatie geheim te houden, geldt het volgende. Soms kan een geheimhoudingsbeding worden gekwalificeerd als een bewijsovereenkomst.<sup>119</sup> In dat geval moet de rechter in beginsel de overeengekomen geheimhouding respecteren, voor zover de bewijsovereenkomst niet betrekking heeft op het bewijs van feiten waarvan de rechtsgevolgen

115 HR 20 december 2002, NJ 2004, 4 m.nt. JBMV. Zie over dit arrest ook J.L.R.A. Huydecoper (2010) p. 324-325.

116 Zie J.R. Sijmonsma (2007) p. 57 e.v. over (lagere) rechtspraak inzake de samenloop van art. 843a Rv met de Wet bescherming persoonsgegevens en de Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens.

117 Het valt buiten het bestek van dit boek om voor alle mogelijke grondslagen voor vertrouwelijkheid van informatie na te gaan hoe de afweging met waarheidsvinding dient plaats te vinden. Zie voor bedrijfsgeheimen en de verschillende grondslagen waarop deze berusten, P.J. van der Korst (2007) p. 17 e.v.

118 Er is weinig aanleiding om de vertrouwelijkheid van medische informatie anders te benaderen dan 'gewone' vertrouwelijke gegevens. Idem J. Ekermans (2007-I) en S.M. Christiaan en W.J. Hengeveld (2008) p. 55-56. Noch de rechtspraak van de Hoge Raad noch die van het EHRM biedt aanknopingspunten voor de gedachte dat de hier te maken belangenafweging in het voordeel van het recht op vertrouwelijkheid van persoonlijke informatie zou moeten uitvallen. Vergelijk EHRM 27 augustus 1997, NJ 1999, 464 m.nt J.C.J. Dute (M.S./Zweden) en EHRM 25 februari 1997, NJ 1999, 516 m.nt. Kn (Z/Finland). Zie over deze arresten ook de conclusie van A-G Spier bij HR 22 februari 2008, NJ 2010, 543 m.nt. J. Legemaate en C.J.M. Klaassen. Ook medische informatie zal betrokkene derhalve in beginsel in het geding moeten brengen. Dat geldt ook wanneer een deskundigenrapport is opgesteld en betrokkene gebruik maakt van zijn wettelijke blokkeringsrecht (art. 7:464 lid 2 BW); vergelijk HR 26 maart 2004, RvdW 2004, 54. Zie hierover M.H. Elferink (2004). De uitspraken van de HR (HR 22 februari 2008, NJ 2010, 543) over de patiëntenkaarten maken dit niet anders, want daar ging het om de vraag of in het kader van een verzoek om een voorlopig deskundigenbericht ook kan worden verzocht 'de wederpartij op voorhand te bevelen bepaalde gegevens aan de deskundige te verschaffen'. Dat is niet het geval, want het is aan de deskundige om te beslissen welke informatie hij nodig heeft.

119 Zie over het karakter van de bewijsovereenkomst, Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III\* (2010) p. 26-28; A.C. van Schaick (2006).

niet ter vrije bepaling van partijen staan (art. 153 Rv), zij het dat de rechter kan toetsen of het beroep op de geheimhouding in een concrete zaak naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.<sup>120</sup> Ook kan de rechter het beding, als dat is aan te merken als een algemene voorwaarde, toetsen aan het criterium van onredelijke bezwarendheid, zoals dat is neergelegd in art. 6:233 sub a BW of art. 6:236 sub k BW.

Belangrijk is echter dat de rechter terughoudend moet zijn met het kwalificeren van een geheimhoudingsbeding – of een andere, tussen partijen overeengekomen beperking in de mogelijkheden tot bewijsvoering – als een bewijsovereenkomst.<sup>121</sup> De reden hiervoor is het belang van waarheidsvinding.<sup>122</sup> Meer in het bijzonder geldt dat een beding dat uitsluit dat verklaringen van partijen of derden als bewijsmiddel kunnen worden gebruikt, strijdig is met art. 165 Rv, waarin de algemene getuigplicht is neergelegd.<sup>123</sup> Op overeenkomstige wijze zou kunnen worden aangenomen dat een beding dat inhoudt dat bepaalde feiten of gegevens niet in de procedure mogen worden gesteld of ingebracht, strijdig is met art. 21 Rv.<sup>124</sup>

De rechter zal derhalve van geval tot geval moeten beoordelen wat de strekking is van een tussen partijen overeengekomen geheimhoudingsplicht, waarbij een belangrijke rol toekomt aan het zwaarwegende belang van waarheidsvinding. Als geen sprake is van een bewijsovereenkomst, zal de afweging tussen de contractuele geheimhouding, dus het belang van vertrouwelijkheid, en het belang van waarheidsvinding, in beginsel uitvallen ten gunste van de waarheidsvinding.

#### 4.7.3 *Verschil tussen de eigen bewijspositie en die van de wederpartij*

Dat in de meeste situaties waarin de rechter een afweging moet maken tussen vertrouwelijkheid en waarheidsvinding, het belang van waarheidsvinding zwaarder weegt, is terecht. Niet alleen omdat een partij die gegevens achterhoudt met een beroep op vertrouwelijkheid van die gegevens, de waarheidsvinding belemmert. Daarbij komt dat, zoals gezegd, een partij door het achterhouden van gegevens de bewijspositie van haar wederpartij bemoeilijkt, waarmee ook het beginsel van *equality of arms* in het geding is.

Anders ligt het wanneer een partij zich beroept op vertrouwelijkheid van gegevens en daarmee haar *eigen* bewijspositie bemoeilijkt. Er is dan minder reden om het belang van waarheidsvinding zwaarder te laten wegen dan het belang van

120 Vergelijk J. Ekelmans (2010) p. 127 e.v.

121 Dit is af te leiden uit HR 10 april 2009, NJ 2010, 471 m.nt. C.J.M. Klaassen, waarin de Hoge Raad een overeengekomen geheimhoudingsplicht voor de door partijen ingeschakelde mediator, niet wilde aanmerken als een bewijsovereenkomst. Daardoor was er geen grond een verklaring van de mediator uit te sluiten als bewijsmiddel.

122 HR 10 april 2009, NJ 2010, 471 m.nt. C.J.M. Klaassen.

123 A.C. van Schaick (2006); vergelijk ook HR 10 april 2009, NJ 2010, 471 m.nt. C.J.M. Klaassen.

124 Deze conclusie zou kunnen worden getrokken uit HR 10 april 2009, NJ 2010, 471 m.nt. C.J.M. Klaassen.

vertrouwelijkheid. Het is de eigen keuze van een partij: ofwel de vertrouwelijke informatie prijsgeven, ofwel de procedure verliezen.<sup>125</sup>

In deze situatie zal het meestal ook niet nodig zijn om een partij feitelijk te dwingen bepaalde informatie openbaar te maken.<sup>126</sup> De rechter kan uit het niet naleven van een informatie- of mededelingsplicht “*de gevolgtrekking (...) maken die hij geraden acht*”.<sup>127</sup> Die gevolgtrekking zal moeten zijn: het verliezen van de procedure. Deze sanctie is in beginsel ook toereikend;<sup>128</sup> waarheidsvinding is immers geen doel op zich zelf, maar staat ten dienste van een correcte feitenvaststelling, zodat een aanvaardbare rechterlijke beslissing kan worden genomen. Wanneer de rechter die beslissing kan nemen door de consequenties te trekken uit het niet naleven van een informatieplicht door een partij, is er geen reden voor nadere waarheidsvinding.<sup>129</sup> Maar wanneer het gaat om informatie die de bewijsspositie van de wederpartij bemoeilijkt, kan het wel nodig zijn om een partij feitelijk te dwingen de vertrouwelijke informatie te openbaren. De wet geeft al de mogelijkheid tot het opleggen van een dwangsom en bewijsbeslag; daarnaast hebben verschillende auteurs gepleit voor een uitbreiding van de sanctiemogelijkheden op het achterhouden van informatie.<sup>130</sup>

De belangentegenstelling tussen waarheidsvinding en vertrouwelijkheid is overigens niet zwart-wit. Er zijn verschillende mogelijkheden om aan het bezwaar van openbaarmaking van vertrouwelijke informatie tegemoet te komen en zo tot een soort tussenweg te komen.<sup>131</sup> Partijen kunnen afspreken alleen de rechter inzage te geven in de stukken.<sup>132</sup> Ook kan de informatie in geschoonde vorm of slechts gedurende korte tijd aan de wederpartij ter beschikking worden gesteld. In sommige gevallen biedt ook soelaas het uitsluitend aan een deskundige ter kennis brengen van de vertrouwelijke informatie.<sup>133</sup>

125 Parlementaire geschiedenis herziening burgerlijk procesrecht (2002) p. 155. Idem E.M. Wesseling-van Gent (2006) p. 111. Vergelijk ook HR 20 januari 2006, NJ 2006, 78 en de conclusie A-G onder punt 2.37 bij HR 10 april 2009, NJ 2010, 471 m.nt. C.J.M. Klaassen.

126 Zo wordt ook algemeen aangenomen dat in ons recht geen sprake is van een bewijsplicht.

127 Zo is bepaald in art. 21 Rv en art. 22 Rv, in art. 88 lid 3 Rv en in art. 164 lid 3 Rv. Vergelijk J. Ekelmans (2010) p. 216-222.

128 Hierop zijn uitzonderingen denkbaar, bijvoorbeeld wanneer de vordering van een partij juist gericht is op het verkrijgen van de betreffende informatie.

129 Idem G. Knigge (2004) p. 167.

130 Vergelijk J. Sijmonsma (2010) p. 241; P.J. van der Korst (2007) p. 106 en p. 219 en (2006) p. 23; M. de Tombe-Grootenhuys (2000) p. 312.

131 Zie voor een overzicht P.J. van der Korst (2007) p. 135-141.

132 Vergelijk HR 20 december 2002, NJ 2004, 4 m.nt. JBMV.

133 Zie hierover ook W.L. Roozendaal (2008). Er zal dan wel aandacht moeten worden besteed aan het gegeven dat een partij in beginsel verplicht is om informatie die hij aan een deskundige ter beschikking stelt, ook in afschrift aan de wederpartij ter beschikking te stellen (HR 22 februari 2008, NJ 2010, 543 m.nt. J. Legemaate en C.J.M. Klaassen).

Verder geeft het recht de mogelijkheid te waarborgen dat vertrouwelijke informatie niet bekend wordt bij anderen dan partijen en de rechter.<sup>134</sup> Zo kan bepaald worden dat de zaak achter gesloten deuren wordt behandeld (art. 27 lid 1 Rv) of dat slechts een geanonimiseerd afschrift of uittreksel uit het vonnis wordt verstrekt (art. 28 lid 2 Rv). Ook kan op de voet van art. 29 Rv aan partijen een mededelingsverbod worden opgelegd, waarmee het hen verboden is mededeling te doen over bepaalde gegevens die in de procedure zijn overgelegd. De rechter heeft dus verschillende mogelijkheden om een oplossing op maat te vinden.

#### 4.7.4 *De praktijk van gegevensverschaffing is voor verbetering vatbaar*

Ondanks de mogelijkheden die partijen en de rechter hebben om het openbaarmaken van informatie te bevorderen en zo nodig af te dwingen, blijkt toch niet echt sprake te zijn van een goed werkende praktijk, waarin partijen de rechter van alle relevante informatie voorzien.<sup>135</sup> De belangrijkste reden hiervoor is waarschijnlijk dat er een diepgewortelde praktijk is om alleen die informatie – zowel feitelijke stellingen als de onderliggende bewijsmiddelen – in het geding te brengen, die nodig is ter onderbouwing van de eigen feitelijke stellingen. Informatie die van belang is voor het verweer voor de wederpartij, wordt vaak niet verstrekt. Er is al eerder op gewezen dat dit niet juist is. De in art. 21 Rv neergelegde volledigheidsplicht van een partij strekt ertoe dat *alle* feiten en gegevens (bewijsmiddelen) die van belang zijn voor de *rechterlijke beslissing* in het geding worden gebracht (vergelijk par. 2.4.1).<sup>136</sup> Het is dan aan de rechter, hetzij op eigen initiatief op de voet van art. 22 Rv, hetzij op initiatief van de wederpartij op de voet van art. 843a Rv, om correcties aan te brengen in dit systeem en er voor te zorgen dat toch alle informatie die van belang is, boven tafel komt.

Dit betekent in de eerste plaats dat de in art. 843a Rv gestelde eisen aan toewijzing van een vordering tot openbaarmaking van bepaalde bescheiden, namelijk (1) dat daarbij een rechtmatig belang moet bestaan, en (2) dat de bescheiden betrekking moeten hebben op een rechtsbetrekking waarbij de eiser of zijn rechtsvoorganger partij is, moeten worden uitgelegd in het licht van art. 21 Rv. Dat brengt mee dat een partij met succes openbaarmaking van bescheiden kan vorderen, wanneer die bescheiden van belang kunnen zijn voor een rechterlijke beslissing in een aanhangige (of nog aanhangig te maken) procedure, waarin betrokkene partij

134 Volgens EHRM 25 februari 1997, NJ 1999, 516 (Z/Finland) kan de verplichting om gegevens in de procedure te overleggen strijd met art. 8 EVRM opleveren wanneer de vertrouwelijkheid van gegevens in de procedure niet kan worden gewaarborgd.

135 Ook hierop is regelmatig gewezen, zie bijvoorbeeld P.J. van der Korst (2007) en (2006); Asser-Groen-Vranken, Tzankova (2006); M. de Tombe-Grootenhuis (2000). Ook J.R. Sijmonsma (2010) p. 239 e.v. lijkt deze mening te zijn toegedaan.

136 Tot een vergelijkbare conclusie komt M. de Tombe-Grootenhuis (2000). Zie ook Asser-Groen-Vranken, Tzankova (2006) p. 73.



is. Een partij kan dus óók openbaarmaking van bescheiden vragen die verband houden met het verweer van haar wederpartij; ook die informatie heeft de rechter immers nodig om een beslissing te kunnen nemen.<sup>137</sup>

In de tweede plaats moet de rechter niet te hoge eisen stellen aan de toewijsbaarheid van een vordering op grond van art. 843a Rv. Zo kan niet als eis worden gesteld dat een partij precies aangeeft wat de inhoud van de betreffende stukken is: een partij kan ermee volstaan te vermelden dat en waarom de gegevens relevant zouden *kunnen* zijn.<sup>138</sup> Hier kan een parallel worden getrokken met de eisen die gelden voor het honoreren van een bewijsaanbod; ook daar is niet vereist dat precies wordt aangegeven wat de getuigen kunnen, laat staan zullen, verklaren.<sup>139</sup>

Bovendien moet worden bedacht dat art. 843a Rv functioneert binnen een stelsel van procesrecht dat, anders dan het Engelse en Amerikaanse recht, géén verplichting tot *disclosure* bevat, dat wil zeggen een verplichting van partijen om bij aanvang van de procedure opgave te doen van alle relevante bescheiden waarover men beschikt. Een consequentie hiervan is dat altijd de mogelijkheid bestaat dat een partij, ondanks de volledigheidsverplichting van art. 21 Rv, bepaalde stukken achterhoudt, terwijl de wederpartij hier verder ook niet naar vraagt omdat zij niet op de hoogte is van het bestaan van die stukken. Dit maakt het onvermijdelijk dat een partij niet precies kan aangeven welke bescheiden zij van de wederpartij wenst te ontvangen of welke informatie daarin is neergelegd. Het is onterecht de vordering dan af te wijzen omdat sprake zou zijn van een ‘ongewenste fishing expedition’.<sup>140</sup>

Voor sommigen is dit aanleiding om te bepleiten dat ook in het Nederlandse procesrecht een systeem van *disclosure* wordt ingevoerd en inderdaad zou dit het logische sluitstuk van de volledigheidsplicht van art. 21 Rv zijn.<sup>141</sup> Alle informatieverplichtingen – en ook de mogelijkheid tot het leggen van bewijsbeslag – leiden immers tot niets, als een partij *niet weet* dat haar wederpartij over bepaalde informatie beschikt. Maar een ruimere toepassing van de reeds bestaande mogelijkheden die met name art. 22 Rv en art. 843a Rv bieden, zou al een grote stap voorwaarts zijn.

Dat de rechter niet te hoge eisen moet stellen aan de toewijsbaarheid van een vordering ex art. 843a Rv, houdt ook in dat niet als afwijzingsgrond moet worden

137 Vergelijk bijvoorbeeld de zaak die aan de orde was in HR 30 januari 1998, NJ 1998, 459.

138 J. Ekelmans (2010) p. 95-96; (2007-II) p. 30 en (2005) p. 60.

139 Idem J. Ekelmans (2005) p. 61.

140 J. Ekelmans (2010) p. 97-98, stelt dat het erom gaat dat voldoende bepaalbaar moet zijn om welke stukken het gaat, ‘waarbij lankmoedigheid op zijn plaats is’. Vergelijk J.R. Sijmonsma (2010) p. 167-168.

141 Zie met name het rapport-Storme, waarin hiertoe een regeling is uitgewerkt, “(...) *since it is in the interest of justice that as full information as possible should be available to the court (...)*” Zie M. Storme (1994) p. 97; p. 128 e.v. en de bepalingen 4.1 tot en met 4.5. Vergelijk voorts P.J. van der Korst (2009), (2007) en (2006); Asser-Groen-Vranken, Tzankova (2006) p. 74; M. de Tombe-Grootenhuys (2000).

gehanteerd dat een vordering erop is gericht ‘*bescheiden te verkrijgen ter onderbouwing van een vorderingsrecht waarvan überhaupt niet of niet met zekerheid weet of men dit geldend kan maken.*’<sup>142</sup> Bijna altijd zal een partij niet of niet met zekerheid weten of zij een vorderingsrecht geldend kan maken en beschikt zij slechts over de *wens* om een vorderingsrecht geldend te maken.<sup>143</sup> Art. 843a Rv is immers een middel dat met name ingezet kan worden in situaties dat het *vermoeden* bestaat dat de wederpartij bepaalde bescheiden onterecht achterhoudt. Daarmee is gegeven dat men de betreffende bescheiden niet kent en slechts kan raden naar de inhoud ervan en de implicaties voor de rechtsverhouding met de wederpartij. Het zou dan onredelijk zijn om vanwege onzekerheid over de inhoud van de achtergehouden bescheiden, of onzekerheid over de betekenis van die bescheiden voor de rechtsbetrekking met de wederpartij, al tot een afwijzing van het verzoek om informatie te komen.

Dit geldt temeer nu art. 843a Rv ook reeds in de preprocesuele fase geldt. Zoals gezegd is in paragraaf 4.5, draagt preprocesuele waarheidsvinding bij aan het in een vroeg stadium verschaffen van opheldering over de feiten, waardoor een partij haar processuele positie beter kan inschatten en de procedure efficiënt kan verlopen. Daarbij past niet het opwerpen van hoge drempels voor de waarheidsvinding, evenmin als dat het geval is bij een verzoek om een voorlopig getuigenverhoor of een voorlopig deskundigenbericht. Eigen aan die preprocesuele fase is nu immers juist dat partijen nog opheldering *nodig* hebben.

Ten slotte kan ook niet als eis worden gesteld dat een partij aannemelijk moet maken dat zij alleen bewijs zou kunnen leveren aan de hand van de opgevraagde bescheiden.<sup>144</sup> Deze eis wordt soms opgehangen aan de laatste zinsnede van 843a lid 4 Rv, waarin is neergelegd dat degene die de bescheiden onder zich heeft, niet gehouden is deze ter inzage te geven ‘*indien redelijkerwijs aangenomen kan worden dat een behoorlijke rechtsbedeling ook zonder verschaffing van de gevraagde gegevens kan worden verkregen.*’ Hiermee wordt bedoeld dat aan het belang van waarheidsvinding ook recht kan worden gedaan, wanneer de feiten waarop de ter inzage te geven bescheiden betrekking hebben, op andere wijze aan het licht kunnen komen dan door de gevraagde openbaarmaking.<sup>145</sup> Het ligt echter in de rede deze weigeringsgrond – een formulering van het subsidiariteitsbeginsel – alleen te honoreren wanneer de gevorderde inzage in beginsel inbreuk maakt op een te respecteren recht van vertrouwelijkheid, terwijl ‘de andere wijze waarop de feiten aan het licht kunnen komen’ dit *niet* of in mindere mate doet. Een variant hierop

142 Zoals gesteld door E.M. Wesseling-van Gent (2006) p. 105.

143 Vergelijk ook de Adviescommissie voor het Burgerlijk Procesrecht (2008) p. 18, waar gesteld wordt dat het niet zo is dat men pas op medewerking van de wederpartij aanspraak kan maken, ‘als zijn burgerrechtelijke aanspraak al in min of meer uitgesproken mate aannemelijk is.’ Idem J. Ekelmans (2010) p. 89-90 en J.R. Sijmonsma (2010) p. 170 e.v.

144 HR 6 oktober 2006, NJ 2006, 547.

145 Parlementaire geschiedenis herziening burgerlijke procesrecht (2002) p. 553.

is dat de alternatieve wijze waarop de feiten aan het licht kunnen komen, weliswaar ook een inbreuk maakt op belangen van vertrouwelijkheid, maar slechts bij een procespartij en niet bij een derde.

Het zou onlogisch zijn om de bepaling zo te lezen, dat een vordering tot openbaarmaking van gegevens steeds geweigerd kan of moet worden wanneer de feiten ook door een getuigenverhoor aan het licht kunnen komen.<sup>146</sup> Dat zou immers betekenen dat inzage in schriftelijke bescheiden ondergeschikt of subsidiair is aan andere wijzen van feitingaring, met name het horen van getuigen. Voor zo'n uitleg is echter geen steun in de wetsgeschiedenis te vinden, terwijl het vreemde resultaat zou zijn dat het horen van getuigen – een niet onproblematische wijze om de waarheid aan het licht te brengen, zoals in hoofdstuk 6 aan de orde zal komen – de voorkeur heeft boven inzage in schriftelijke gegevens.<sup>147</sup>

De conclusie tot zover is dat een beroep van een procespartij op vertrouwelijkheid van informatie als argument om die informatie niet in het geding te brengen, niet snel succes heeft bij de rechter. Dit is in het algemeen ook te billijken. Het achterhouden van informatie schendt niet alleen het belang van waarheidsvinding, maar benadeelt bovendien de wederpartij, waarmee het beginsel van *equality of arms* wordt geschonden.

Dit ligt duidelijk anders, wanneer het openbaren van vertrouwelijke informatie door een procespartij belangen van derden schaadt. Dit kan aan de orde zijn wanneer een partij over gegevens beschikt, die (ook) betrekking hebben op, of afkomstig zijn van, derden. Deze derden zijn niet betrokken in de procedure en zullen vaak ook geen enkel belang hebben bij de procedure. Het belang van *equality of arms* legt hier dan geen, of in ieder geval minder, gewicht in de schaal bij de belangenafweging tussen waarheidsvinding en vertrouwelijkheid. Hoe die belangenafweging eruit moet zien, komt in de volgende paragraaf aan de orde.

#### 4.7.5 *Waarheidsvinding en vertrouwelijke gegevens van derden*

Ook derden kunnen gehouden zijn informatie te verstrekken die van belang is in de procedure en ook deze derden kunnen een belang bij vertrouwelijkheid van die informatie hebben. Waar de wettelijke regelingen over de informatieplichten van procespartijen vooral zijn toegespitst op schriftelijke informatieverstrekking, staat de problematiek van informatieplichten door derden vooral in de sleutel van *mondelinge* informatieplichten, met name van het al of niet hebben van een getuigplicht.

Dit betekent overigens niet dat er geen plicht kan zijn voor derden om schriftelijke bescheiden over te leggen. Hoewel daar aanvankelijk nog over werd getwijfeld, is inmiddels buiten discussie dat de exhibitieplicht van art. 843a Rv ook de moge-

<sup>146</sup> Idem J. Ekelmans (2010) p. 168 e.v. en (2005) p. 66; J.R. Sijmonsma (2010) p. 198 en (2007) p. 21; P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt (2002) p. 13.

<sup>147</sup> J. Ekelmans (2010) p. 170-173, wijst erop dat in sommige gevallen het inwinnen van een deskundigenbericht wel een alternatief kan bieden voor het openbaar maken van gegevens.

lijkheid geeft jegens derden een vordering tot openbaarmaking van gegevens in te stellen.<sup>148</sup> Ook derden kunnen zich beroepen op ‘gewichtige redenen’ om de gegevens niet openbaar te maken; ook hier geldt dat de rechter een belangenafweging moet maken.<sup>149</sup> De belangen zullen hier echter niet op precies dezelfde wijze worden gewogen. Niet alleen omdat, zo is al aangegeven, het beginsel van *equality of arms* hier niet rechtstreeks van toepassing is. Ook is te verdedigen dat het subsidiariteitsbeginsel meer betekenis heeft, omdat van een partij gevraagd mag worden pas gegevens bij derden op te vragen wanneer zij daarover niet zelf, of via haar wederpartij, kan beschikken.<sup>150</sup>

Er is thans nog geen rechtspraak van de Hoge Raad over (de reikwijdte van) de exhibitieplicht van derden.<sup>151</sup> Het al of niet bestaan van een *mondelinge* informatieplicht van een derde, is vele malen meer uitgewerkt. Uitgangspunt daarbij is de getuigplicht: een ieder die wordt opgeroepen te getuigen, is verplicht te verschijnen en voor de rechter een verklaring af te leggen (vergelijk paragraaf 2.4.3).

In het licht van deze vergaande verplichting van derden om een mondelinge verklaring af te leggen, is het niet meer dan logisch dat er ook een ruime en algemene beginselplicht van derden bestaat om *schriftelijke* informatie te verstrekken.<sup>152</sup> Het is niet goed denkbaar met welk argument kan worden verdedigd dat een derde wél mondelinge maar geen schriftelijke informatie in een procedure zou hoeven in te brengen, wanneer voldaan is aan de criteria van art. 843a Rv. Vooralsnog is echter sprake van een zekere asymmetrie, waar er een gedetailleerd stelsel is ontwikkeld voor de mondelinge informatieplichten van derden, maar de schriftelijke informatieplichten van derden nog onduidelijk zijn.

Voor wat betreft de mondelinge informatieplichten van derden is van belang de rechtspraak over functionele of professionele verschoningsrechten, als uitzondering op de algemene getuigplicht die zowel voor procespartijen als voor derden geldt. Het zal daarom met name dit onderwerp zijn waaraan aandacht moet worden besteed in het kader van de afweging tussen de informatieplicht van derden en

148 J. Ekelmans (2010) p. 75, (2007-I) p. 45 en (2005) p. 61 e.v.; J.R. Sijmonsma (2010) p. 169-172 en (2007) p. 40 e.v.

149 Wanneer de betrokken derde zelf een verschoningsgerechtigde is, bepaalt de wet al dat hij niet gehouden is de gevorderde informatie te verstrekken (art. 843a lid 3 Rv).

150 J. Ekelmans (2010) p. 167-168.

151 Dat wil zeggen: in het kader van de civielrechtelijke informatieverplichtingen en gewezen onder het procesrecht zoals dat geldt sinds 2002. Oudere rechtspraak (van vóór 2002) was afwijzend, zie bijv. HR 18 februari 2000, NJ 2001, 259. Inmiddels is de lagere rechtspraak ruimer. Zie J.R. Sijmonsma (2010) p. 152-153. Zie ook J. Ekelmans (2010) p. 80 en (2007-I) p. 20 e.v.

152 Zie idem J. Ekelmans (2007-I) p. 22 e.v.

het belang van vertrouwelijkheid. Meer specifiek zal worden ingegaan op de zogenoemde functionele verschoningsrechten in relatie tot de waarheidsvinding.<sup>153</sup>

#### 4.7.6 Functionele verschoningsgerechtigden

Bij functionele verschoningsrechten gaat het om verschoningsrechten die toekomen aan personen die op grond van hun functie (beroep, ambt of betrekking) als vertrouwenspersoon en de daaraan verbonden geheimhoudingsplicht, ontheven zijn van hun verplichting om als getuige in de procedure een verklaring af te leggen over hetgeen hen in die hoedanigheid is toevertrouwd (art. 165 lid 2, sub b Rv). Anders dan bij het familiale verschoningsrecht is in de wet niet omschreven aan welke personen een functioneel verschoningsrecht toekomt. De rechter moet per functionaris bepalen of deze een verschoningsrecht heeft. In de jurisprudentie is een verschoningsrecht erkend voor onder meer de geestelijke, de advocaat, de notaris en de arts ('het klassieke kwartet'), maar ook voor functionarissen als de curator en de belastingambtenaar.<sup>154</sup> Voor de mediator is een verschoningsrecht afgewezen.<sup>155</sup>

Voor het verkrijgen van een verschoningsrecht is vereist dat de betrokken functionaris een geheimhoudingsplicht heeft.<sup>156</sup> Maar het bestaan van een geheimhoudingsplicht leidt zeker niet automatisch tot een verschoningsrecht.<sup>157</sup> De rechter moet een belangenafweging maken, namelijk tussen het belang van waarheidsvinding en de belangen waarop de verplichting tot geheimhouding is gericht. De te maken belangenafweging moet worden gedifferentieerd naar gelang het gewicht van het in het concrete geval door de geheimhouding te dienen belang:

*"(...) zodat het aan de rechter is om van geval tot geval uit te maken of grond bestaat voor het aanvaarden van een op deze geheimhoudingsplicht gebaseerd verschoningsrecht. Of dit recht de betrokkene toekomt kan slechts worden vastgesteld door afweging van de belangen waarop de verplichting tot geheimhouding is gericht, tegen de zwaarwegende belangen die gemoeid zijn met de waarheidsvinding in een burgerlijk proces."*<sup>158</sup>

153 Familiale verschoningsrechten zijn op dit punt in het algemeen minder interessant, omdat vanwege de familiale band de rechter verklaringen van deze getuigen met extra behoedzaamheid tegemoet zal treden. Zie hierover nader paragraaf 6.6.3.

154 Zie voor een overzicht F.J. Fernhout (2004) p. 182 e.v.

155 HR 10 april 2009, NJ 2010, 471 m.nt. C.J.M. Klaassen.

156 HR 22 december 1989, NJ 1990, 779 m.nt. JBMV.

157 Tenzij in de wettelijke geheimhoudingsplicht al een verschoningsrecht besloten ligt, in die zin dat "uit de bewoordingen, de strekking of de geschiedenis van de desbetreffende bepaling onmiskenbaar duidelijk blijkt dat de voor het aannemen van een dergelijk recht vereiste afweging door de wetgever is verricht." Zie HR 22 december 1989, NJ 1990, 779 m.nt. JBMV.

158 HR 22 december 1989, NJ 1990, 779 m.nt. JBMV.

Voor de notaris en de advocaat is de verplichting tot geheimhouding gericht op “het maatschappelijk belang dat een ieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het besprokene om bijstand en advies tot hen moet kunnen wenden”.<sup>159</sup> Ook bij het verschoningsrecht van een arts staat de vertrouwensrelatie tussen arts en patiënt centraal, namelijk dat voorkomen wordt “dat de zieke zelve of zij, die geroepen zijn voor hen te zorgen, uit vrees voor zijn openbaarheid zich laten weerhouden geneeskundige hulp in te roepen”.<sup>160</sup> Bij het ‘klassieke kwartet’ is het belang van de geheimhouding dus gericht op, zo kan worden samengevat, ‘het maatschappelijk belang van een onbelemmerde uitoefening van vertrouwensberoepen’.<sup>161</sup>

Naar vaste jurisprudentie van de Hoge Raad weegt dit belang bijna altijd zwaarder dan het belang van waarheidsvinding. Een uitzondering geldt slechts wanneer sprake is van

*“zeer uitzonderlijke omstandigheden waarin het belang dat de waarheid aan het licht komt (...) moet prevaleren boven het verschoningsrecht.”*<sup>162</sup>

Voor het aannemen van dergelijke, zeer uitzonderlijke omstandigheden, gelden zware motiveringseisen.<sup>163</sup> In de praktijk betekent dit dat vrijwel nooit wordt aangenomen dat er aanleiding is voor doorbreking van het verschoningsrecht,<sup>164</sup> tenzij sprake is van de verdenking van het plegen van strafbare feiten door de geheimhouder zelf.<sup>165</sup> Een geheimhouder kan het verschoningsrecht derhalve niet invoeren om aan eigen (strafrechtelijke) aansprakelijkheid te ontkomen. Maar zelfs dan is sprake van grote terughoudendheid in de rechtspraak; er moet ook gekeken worden naar de ernst en de aard van het strafbare feit alsmede naar de andere omstandigheden van het geval, zoals de aard en omvang van de verlangde gegevens en de aanwezigheid van andere mogelijkheden om de gegevens te verkrijgen.<sup>166</sup> Al met al zijn er dus uiterst beperkte mogelijkheden om het verschoningsrecht van het ‘klassieke kwartet’ te doorbreken.

159 HR 9 augustus 2002, NJ 2004, 47 m.nt. HJS.

160 HR 1 april 1913, NJ 1919 p. 958.

161 C.A. Kraan (2007) p. 98.

162 HR 1 maart 1985, NJ 1986, 173.

163 HR 9 mei 2006, NJ 2006, 622 m.nt. J. de Boer.

164 Bijvoorbeeld niet in HR 9 mei 2006, NJ 2006, 622 m.nt. J. de Boer en HR 20 april 2001, LJN AB1201. Wel in HR 29 juni 2004, LJN AO5070.

165 Onder meer HR 27 mei 2008, NJ 2008, 407 m.nt. J. Legemaate; HR 30 oktober 2007, NJ 2008, 115; HR 14 juni 2005, NJ 2005, 353; HR 30 november 1999, NJ 2002, 438. Zie voor een overzicht B.C.M. Waaijer (2008). Volgens J. Legemaate (2009) is de formule ‘zeer uitzonderlijke omstandigheden’ – voor wat betreft het beroepsgeheim in de gezondheidszorg – inmiddels ten dele uitgewerkt, in die zin dat dan geen zware motiveringseisen meer gelden voor het doorbreken van het verschoningsrecht.

166 HR 21 oktober 2008, NJ 2008, 630 m.nt. J. Legemaate; HR 27 mei 2008, NJ 2008, 407 m.nt. J. Legemaate.

Voor andere geheimhouders is het belang van geheimhouding niet zozeer gelegen in een vertrouwensrelatie, maar in andere (maatschappelijke) belangen van geheimhouding.<sup>167</sup> Deze andere maatschappelijke belangen van geheimhouding zijn in het algemeen minder sterk dan het belang van een onbelemmerde uitoefening van vertrouwensberoepen. Vereist is dat de geheimhoudingsplicht wezenlijk is voor het maatschappelijk functioneren van de betrokkene.<sup>168</sup> Dit is slechts bij uitzondering het geval.

#### 4.7.7 *De omvang van het verschoningsrecht en waarheidsvinding*

Wanneer een geheimhouder eenmaal een verschoningsrecht toekomt, moet vervolgens de *omvang* van dat verschoningsrecht worden bepaald. Het verschoningsrecht beperkt zich tot de beantwoording van vragen die betrekking hebben op wetenschap voor zover deze aan de betrokkene in de hoedanigheid van zijn ambt, functie of beroep is toevertrouwd. De beoordeling van de vraag of bepaalde informatie wel of niet als functioneel ‘toevertrouwd’ heeft te gelden, mag de rechter echter niet aan de hand van een belangenafweging beantwoorden. Behoudens zeer bijzondere omstandigheden is het namelijk aan de verschoningsgerechtigde zelf overgelaten om de omvang van zijn verschoningsrecht te bepalen.<sup>169</sup> Bepalend hierbij is dat de opgegeven vragen niet behoeven te worden beantwoord, zolang de rechter aan redelijke twijfel onderhevig acht of die beantwoording naar waarheid zou kunnen geschieden zonder dat geopenbaard wordt wat verborgen dient te blijven.<sup>170</sup>

Dit komt neer op een marginale rechterlijke toetsing van de reikwijdte van het verschoningsrecht. Een meer inhoudelijke rechterlijke toetsing, waarbij de rechter het belang van waarheidsvinding afweegt tegen dat van de in het concrete geval door het verschoningsrecht beschermde informatie, is door de Hoge Raad afgewezen omdat dat tot onzekerheid over de reikwijdte van het verschoningsrecht zou leiden en dat recht op onaanvaardbare wijze zou worden aangetast.<sup>171</sup> Ook zou een belangenafweging leiden tot “*procesrechtelijke verwikkelingen op een terrein waar juist*

167 Zo is bijvoorbeeld het verschoningsrecht van een ambtenaar van de belastingdienst “*in het algemene belang dat het publiek, waaronder in de eerste plaats de belastingplichtigen, niet van het verstrekken van inlichtingen en bescheiden aan de belastingdienst wordt weerhouden, door de vrees dat die gegevens voor andere doeleinden kunnen worden gebruikt dan voor een juiste en doelmatige uitvoering van de aan de belastingdienst opgedragen taak.*” Zie HR 8 november 1991, NJ 1992, 277 m.nt. JBMV.

168 HR 7 november 1986, NJ 1987, 457 m.nt. WLH.

169 HR 9 augustus 2002, NJ 2004, 47 m.nt. HJS.

170 Zie onder meer HR 18 december 1998, NJ 2000, 341 m.nt. DA; HR 9 augustus 2002, NJ 2004, 47 m.nt. HJS en HR 13 januari 2006, NJ 2006, 480 m.nt. G.R. Rutgers.

171 HR 7 juni 1986, NJ 1986, 174 m.nt. WHL onder 176. Zie idem voor de notaris HR 1 maart 1985, NJ 1986, 173 m.nt. WHL onder 176.

zekerheid en duidelijkheid geboden is.”<sup>172</sup> De reden die de Hoge Raad geeft voor deze weinig flexibele benadering, overtuigt niet.<sup>173</sup>

Het argument van rechtsonzekerheid en procesrechtelijke verwikkelingen kan worden toegepast op alle onderwerpen die in dit hoofdstuk de revue passeren. Nooit is van tevoren precies te voorspellen hoe de beslissing van de rechter zal uitvallen. Maar dat geldt eigenlijk voor alle rechterlijke beslissingen. Daarom is het ook belangrijk dat de rechter zoveel mogelijk inzicht geeft in de motivering van de beslissing en expliciteert welke belangen precies aan de orde zijn en waarom bepaalde belangen boven andere gaan.

In de tweede plaats is bij andere kwesties rond het verschoningsrecht evenzeer sprake van rechtsonzekerheid. Dit geldt om te beginnen al voor de fundamentele vraag óf iemand een verschoningsrecht toekomt; om die vraag te beantwoorden moet de rechter immers ook een belangenafweging maken. Bovendien is het verschoningsrecht slechts een *bevoegdheid* van de betrokkene. Dit betekent dat een partij die geconfronteerd wordt met een derde die over informatie beschikt waarvoor hij een geheimhoudingsplicht heeft, hoe dan ook in onzekerheid verkeert of deze derde zich als getuige op een verschoningsrecht gaat beroepen.<sup>174</sup> Wanneer het argument van rechtszekerheid – gekoppeld aan het maatschappelijk belang bij een onbelemmerde uitoefening van vertrouwensberoepen – consequent wordt doorgevoerd, zou geen sprake moeten zijn van een verschoningsrecht maar van een verschonings*plicht*.

Het meest principiële bezwaar tegen de door de Hoge Raad ontwikkelde rechtspraak is echter dat het belang van een partij om in de procedure de waarheid aan het licht te kunnen brengen, op geen enkele wijze een rol speelt. Er is geen mogelijkheid voor de rechter om voor het bepalen van de reikwijdte van het verschoningsrecht in het concrete geval na te gaan hoe zwaar het verschoningsrecht dient te wegen ten opzichte van het in concreto aan de orde zijnde belang bij waarheidsvinding.

Hiermee is het leerstuk van het verschoningsrecht een vreemde eend in de bijt van de in het procesrecht af te wegen belangen (in het bijzonder het belang van waarheidsvinding), waar in alle andere gevallen kan worden voorzien in een voor het concrete geval aanvaardbare oplossing. Dat de rechter geen belangen kan afwegen, kan tot ongewenste situaties aanleiding geven, nu duidelijk is dat een

172 HR 9 augustus 2002, NJ 2004, 47 m.nt. HJS.

173 Met name J.B.M. Vranken heeft regelmatig kritiek geuit op het standpunt van de Hoge Raad. Zie onder meer Vranken (1986) p. 106 e.v., (2002) p. 773 e.v. en zijn annotatie bij NJ 1990, 779.

174 Wanneer de betrokken getuige zijn geheimhoudingsplicht schendt, handelt hij mogelijk wel in strijd met strafrechtelijke, civielrechtelijke of tuchtrechtelijke normen.



beroep op een verschoningsrecht de waarheidsvinding in ernstige mate zal belemmeren, zo niet onmogelijk zal maken.<sup>175</sup>

Ongewenst, omdat er gevallen denkbaar zijn waarin zwaarwegende belangen van waarheidsvinding het belang van het verschoningsrecht aan de kant zouden moeten kunnen zetten. Dit geldt in ieder geval wanneer naast het belang van waarheidsvinding, ook het beginsel van *equality of arms* aan de orde is, omdat de verschoningsgerechtigde tevens procespartij is. In die situatie zou in ieder geval het verschoningsrecht van zijn absolute karakter moeten worden ontdaan.<sup>176</sup>

Dat soms andere belangen vóór het belang van het verschoningsrecht moeten kunnen gaan, is ook bepleit door Van Es. Hij wijst erop dat de notaris behalve vertrouwenspersoon ook openbaar ambtenaar is met een ordenende functie in het rechtsverkeer. Daaruit kunnen juist informatie- en spreekplichten voortvloeien.<sup>177</sup> Hoewel zijn betoog zich toespitst op het notariaat, kan ook in bredere zin worden onderschreven, dat zich de afgelopen decennia ontwikkelingen hebben voorgedaan

*“(...) die de vraag rechtvaardigen of het belang om zich – kort gezegd – vrijelijk te kunnen uiten jegens bepaalde vertrouwenspersonen, nog steeds als dermate zwaarwegend moet worden aangemerkt dat andere belangen hiervoor in beginsel dienen te wijken. De tendens die zich in deze periode heeft voorgedaan is er een waarbij het belang van individuele vrijheid steeds meer is gaan wijken voor andere belangen, waarbij in het bijzonder gedacht moet worden aan het belang van opsporing en preventie van misdrijven.”*<sup>178</sup>

Naast het door Van Es genoemde belang van opsporing en preventie van misdrijven (strafbare feiten) kan ook worden gedacht aan het belang van het recht op herstel of schadevergoeding na onrechtmatige handelingen of het belang van bescherming van rechten die voortvloeien uit grondwettelijke of verdragsrechtelijke beschermde rechten. Zo zal een vordering die betrekking heeft op een op het art. 8 EVRM gegrond recht van bescherming van de persoonlijke leefomgeving, zwaarder kunnen wegen dan het belang van een onbelemmerde uitoefening van vertrouwensberoepen.

175 In HR 22 september 1995, NJ 1996, 55 lijkt de Hoge Raad te suggereren dat de rechter in voorkomende gevallen tegemoet kan komen aan de door het inroepen van een verschoningsrecht bemoeilijkte bewijspositie, door daarmee ‘*rekening te houden met de waardering van het bewijs*’. Hier is echter zeker geen sprake van een bestendige jurisprudentielijn.

176 Zie HR 9 augustus 2002, NJ 2004, 47 m.nt. HJS, waarover ook J.B.M. Vranken (2002) p. 773 e.v. Vergelijk hier ook de situatie dat de (medische) geheimhouder betrokken is in een klachtprocedure, waarin hij zich niet naar behoren kan verweren indien hem niet wordt toegestaan medische informatie openbaar te maken. Zie daarover HR 8 april 2003, LJN AF4131 en J. Legemaate (2009) p. 2623.

177 P.C. van Es (2007) p. 41 e.v.

178 P.C. van Es (2007) p. 68.

In feite zou dus de aard van het onderwerp dat inzet is van de procedure, bij de belangenafweging dienen te worden betrokken.<sup>179</sup>

#### 4.7.8 Een casuïstische benadering van het verschoningsrecht

De conclusie uit de vorige paragraaf is dat het verschoningsrecht minder absoluut zou moeten gelden dan thans het geval is. Van geval tot geval zou de rechter moeten kunnen beoordelen wat het gewicht is van het belang dat wordt gediend met waarheidsvinding, versus het gewicht van het opheffen van het verschoningsrecht. Daarbij kan de rechter ook denken aan tussenoplossingen, die hiervoor ook besproken werden bij het verstrekken van vertrouwelijke informatie door partijen, zoals het uitsluitend ter kennisname van de rechter verstrekken van bepaalde informatie.

Bij de door de rechter te maken belangenafweging kan, net als bij de exhibitieplicht van art. 843a Rv, het beginsel van subsidiariteit een rol spelen: zijn er andere mogelijkheden om de informatie te achterhalen dan langs de weg van doorbreking van het verschoningsrecht?<sup>180</sup> In dat geval hoeft het verschoningsrecht niet te worden doorbroken. Deze zelfde benadering is te vinden bij het hierna nog te bespreken verschoningsrecht voor de journalist; ook daar wordt getoetst aan het subsidiariteitsbeginsel. Met een toetsing aan het subsidiariteitsbeginsel gaat de rechter na wat in het concrete geval 'de ernst van het nadeel voor de waarheidsvinding is', indien de informatie níet wordt geopenbaard. Dit is van belang, omdat het niet afleggen van een verklaring over de vertrouwelijke gegevens niet altijd een zelfde nadeel voor de waarheidsvinding hoeft te hebben.<sup>181</sup>

Maar de rechter kan de ernst van het nadeel voor de waarheidsvinding pas vaststellen wanneer zij kennis heeft van de betreffende vertrouwelijke informatie, zo is ook al geconstateerd in het kader van de exhibitieplicht van art. 843a Rv. Ook op dit punt zou dus een processuele voorziening moeten worden getroffen, zodat de rechter kennis kan nemen van de vertrouwelijke informatie en op grond daarvan kan beoordelen hoe de belangenafweging moet uitvallen.

Bij de te maken belangenafweging dient de rechter niet alleen het belang van waarheidsvinding in het concrete geval nader in te vullen; de rechter moet ook bepalen wat in het concrete geval de ernst van de inbreuk op het *verschoningsrecht* is. Daarbij kan volgens de invulling die de Hoge Raad daaraan heeft gegeven, worden gekeken naar het algemene belang dat met het betreffende verschoningsrecht

179 Dit is in het kader van de belangenafweging tussen waarheidsvinding en goede procesorde ook voorgesteld door V.C.A. Lindijer (2006) p. 496. Voorts door W.D.H. Asser (1991) in het kader van de belangenafweging bij onrechtmatig verkregen bewijs. Vergelijk ook Van der Wiel (2004) p. 210 e.v. en H.J. Snijders (1992) p. 58: "Die waarheidsvinding zal zwaarder wegen naar gelang de waarheid belangrijker is."

180 HR 9 november 1999, NJ 2000, 461 m.nt. 't H; HR 9 mei 2006, NJ 2006, 622 m.nt. J. de Boer.

181 Idem J.B.M. Vranken (1986) p. 64.

is gediend. Zo kan in ieder geval worden voorkomen dat uit opportuniteitsoverwegingen of onkunde een beroep op een verschoningsrecht wordt gedaan.<sup>182</sup>

Ook het belang dat in dit geval gediend is met vertrouwelijkheid van deze informatie kan meewegen, waarbij de vraag beantwoord moet worden of en, zo ja, in hoeverre, eigenlijk sprake is van vertrouwelijke informatie. In het geldende recht wordt deze vraag beantwoord aan de hand van het lastige criterium of de informatie aan verschoningsgerechtigde ‘*in diens hoedanigheid werd toevertrouwd*’.<sup>183</sup> In plaats daarvan zou de rechter echter moeten nagaan hoe vertrouwelijk de betrokken informatie in het concrete geval is. Ook hier zijn gradaties te maken: niet elke inbreuk op vertrouwelijkheid hoeft even ingrijpend te zijn. Een weging van de ernst van de inbreuk die in een concreet geval op het verschoningsrecht wordt gemaakt, biedt ook een goed handvat om korte metten te maken met de leer dat een verschoningsgerechtigde ook een beroep op zijn verschoningsrecht kan doen wanneer de partij van wie de vertrouwelijke informatie afkomstig is, te kennen geeft dat hij geen prijs (meer) stelt op geheimhouding van de door hem toevertrouwde informatie of wanneer beide partijen reeds bekend zijn met de informatie. Het ligt voor de hand om in deze gevallen vast te stellen dat er geen zwaarwegend belang meer is bij uitoefening van het verschoningsrecht, zodat voorrang kan worden gegeven aan de waarheidsvinding.<sup>184</sup> De Hoge Raad heeft deze benadering echter verworpen:

*“dat een andere opvatting er immers toe zou leiden dat het oordeel omtrent de geloofwaardigheid van hen die zich tot de betreffende vertrouwenspersoon hebben gewend, ongunstig zou kunnen worden beïnvloed door hun weigering hem uit zijn geheimhoudingsplicht te ontslaan, zodat de vrees dat zij daardoor naderhand tot een zodanig ontslag zouden worden genoopt hen ervan zou kunnen weerhouden de hulp van die vertrouwenspersoon in te roepen of zich vrijelijk tegenover hem uit te spreken.”*<sup>185</sup>

Het door de Hoge Raad gekozen middel schiet voorbij aan het doel – het voorkomen van een slechtere bewijspositie van een partij vanwege verminderde geloofwaardigheid –, nu juist het absolute karakter van het verschoningsrecht de bewijspositie van een partij aanzienlijk kan verslechteren. Bovendien is het geschetste dilemma inherent aan het probleem van vertrouwelijkheid van informatie. Het is

182 Zie G.R. Rutgers in zijn noot bij NJ 2006, 480.

183 HR 22 juni 1984, NJ 1985, 188 en HR 25 oktober 1985, NJ 1986, 175. Vergelijk onder meer F.J. Fernhout (2004) p. 163 e.v., die concludeert dat er geen algemene regels te geven zijn. C.A. Kraan (2007) p. 91, wil de vraag naar het als toevertrouwd hebben te gelden van bepaalde gegevens, mede beantwoorden aan de hand van het antwoord op de vraag of de notaris gehouden is de gegevens aan derden te verstrekken. J.B.M. Vranken (1986) staat een casuïstische benadering voor.

184 Idem, met een andere argumentatie, J.B.M. Vranken (1986) p. 100 e.v. en Van den Reek (1997) p. 247-248.

185 HR 26 mei 2009, NJ 2009, 263; HR 2 oktober 1991, NJ 1991, 124; HR 1 maart 1985, NJ 1986, 173 m.nt. WLH onder NJ 1986, 176.

aan een partij om een keuze te maken tussen óf het vasthouden aan vertrouwelijkheid van de informatie – wat onherroepelijk leidt tot verslechtering van haar bewijspositie, mogelijk uitmondend in verlies van de procedure –, óf het openbaar maken van die gegevens. Dit is bij uitstek een keuze die bij een partij zelf kan en moet worden neergelegd.

In feite wreekt zich hier dat in het hele leerstuk van het verschoningsrecht geen plaats is ingeruimd voor de belangen van *partijen* in de procedure.<sup>186</sup> Toch zal het in de meeste gevallen juist om door hén aan de verschoningsgerechtigde toevertrouwde informatie gaan! Om deze reden is bepleit het verschoningsrecht in zijn huidige vorm los te laten en te vervangen door een aan partijen verbonden zwijgrecht, dat van geval tot geval moet worden afgewogen tegen het belang van waarheidsvinding.<sup>187</sup> Een zelfde resultaat zou ook kunnen worden bereikt door de ‘gewichtige redenen’ als uitzondering op te nemen voor het verstrekken van mondelinge informatie door een partij, zoals hiervoor werd voorgesteld. Daaraan zou moeten worden gekoppeld een op het geval toegespitste belangenafweging tussen waarheidsvinding en het verschoningsrecht van derden.

Een dergelijke benadering zou aansluiten bij de belangenafweging die het EHRM voorschrijft bij het verschoningsrecht van de journalist.<sup>188</sup> Hiermee zou een evenwichtiger stelsel kunnen worden ontwikkeld, waarin het belang van

186 Vergelijk M.E. Storme (1992) p. 345, die stelt dat de aandacht bij het beroepsgeheim van advocaten vrijwel uitsluitend uitgaat naar de belangen van de beroepsgroep in plaats van naar de belangen van de cliënt. Idem J.B.M. Vranken (1986) p. 100: in de rechtspraak van de Hoge Raad wordt het verschoningsrecht uitsluitend in het belang van de betrokken beroepsgroep wordt beschouwd, zijns inziens geheel ten onrechte. Anders C.A. Kraan (2007) p. 108, die het standpunt van de Hoge Raad billijkt. Idem P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt (2003) p. 3.

187 Zie hierover uitvoerig W.A.J.P. van den Reek (1996) p. 246 e.v. en J.B.M. Vranken (1986) p. 103 e.v.

188 Een journalist heeft geen algemeen verschoningsrecht, maar heeft wel het uit het eerste lid van art. 10 EVRM voortvloeiende recht zich te verschonen van het beantwoorden van een hem gestelde vraag indien hij daardoor het bekend worden van zijn bron zou riskeren. Dit is slechts anders wanneer sprake is van andere, zwaarder wegende, belangen en de inbreuk op art. 10 EVRM gerechtvaardigd is door *an overriding requirement in the public interest*. Zie onder meer EHRM 15 december 2009, NJB 2010, p. 419, NJCM-Bulletin (2010) p. 252 (Financial Times/Verenigd Koninkrijk). Zie ook EHRM 22 november 2007, NJ 2008, 216 m.nt. E.J. Dommering en m.nt. Gerard Schuijt in NJCM-Bulletin (2008) p. 75-89 (Voskuil/Nederland), over het journalistieke recht op bronbescherming. Vergelijk voorts Hugo Arlman (2009); HR 2 september 2006, NJ 2006, 291 m.nt. EJD; HR 8 april 2003, NJ 2004, 188 m.nt. PMe; HR 9 november 1999, NJ 2000, 461 m.nt. ‘tH. Vergelijk ook de toelichting op het concept-wetsvoorstel van 29 oktober 2008 inzake de Wet bronbescherming in strafzaken. De rechtspraak over journalistieke bronbescherming is moeilijk in te passen in het door de Hoge Raad ontwikkelde stelsel van verschoningsrechten. In de eerste plaats heeft een journalist, strikt genomen, geen verschoningsrecht en kan hij dat volgens de door de Hoge Raad ontwikkelde criteria ook niet kan krijgen. In de tweede plaats is sprake van een veel ingrijpendere toetsing van de omvang van het recht op bronbescherming dan de zeer beperkte toetsing van de reikwijdte van het verschoningsrecht.

waarheidsvinding beter gepositioneerd is ten opzichte van de vertrouwelijkheid van bepaalde informatie dan thans het geval is.

#### 4.8 Waarheidsvinding en onrechtmatig verkregen bewijs

Ook bij het al of niet toelaten van onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal doet zich een belangenconflict voor. Aan de ene kant staat het belang van waarheidsvinding, dat gediend is met toelating van al het mogelijk relevante bewijsmateriaal, dus ook bewijsmateriaal dat op onrechtmatige wijze is verkregen.

Daartegenover staan echter andere belangen, die verschillend van aard kunnen zijn. Het zonder toestemming af luisteren van telefoongesprekken of het maken van video-opnames, maakt inbreuk op het belang van eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. Soms wordt als grondslag voor de rechtmatigheid van bewijsgaring genoemd het belang van rechtsstatelijkheid of het legaliteitsbeginsel. Volgens het legaliteitsbeginsel dient elk optreden van de overheid in beginsel te berusten op een wettelijke grondslag. Dit belang is echter meer aan de orde bij onrechtmatig verkregen bewijs in strafzaken dan in civiele zaken.<sup>189</sup>

In civiele zaken kan het algemene belang dat rechtsregels worden nageleefd wel als een invulling van het belang van rechtsstatelijkheid worden aangemerkt. Het is een zelfstandig belang dat een procespartij zich ook bij de bewijsgaring houdt aan de regels die het recht stelt. Bij die regels is de algemene kapstok de onrechtmatigheidsnorm van art. 6:162 BW. Hieronder vallen dan schending van een zorgvuldigheidsnorm (bijvoorbeeld het inschakelen van een detectivebureau om iemands gangen na te gaan), schending van een wettelijke norm (bijvoorbeeld het door afpersing verkrijgen van bepaalde stukken) of inbreuk op een recht (bijvoorbeeld de inbreuk op een persoonlijkheidsrecht door het heimelijk maken van video-opnames).<sup>190</sup> Onder omstandigheden kan ook de schending van een contractuele geheimhoudingsbeding leiden tot een normschending; zoals in paragraaf 4.7.2 aan de orde is gekomen, moet de rechter hiertoe eerst bepalen wat de precieze strekking is van het geheimhoudingsbeding.<sup>191</sup> Indien het beding niet als een bewijsovereenkomst is aan te merken, is waarschijnlijk geen sprake is van een civielrechtelijke normschending als onder het beding vallende informatie toch in het geding worden gebracht.<sup>192</sup>

189 M. Kremer (1999) p. 302.

190 M.D.C. Embregts (2003) p. 241-245; M. Kremer (1999).

191 Zoals daar aan de orde kwam, dient de rechter daarmee terughoudend te zijn.

192 Idem A.C. van Schaick (2006). Overigens loopt een advocaat wel het gevaar een tuchtrechtelijke maatregel te krijgen, wanneer hij stukken in het geding brengt die vallen onder het geheimhoudingsbeding dat zijn cliënt overeengekomen is, zie bijvoorbeeld Raad van Discipline Amsterdam 24 november 2009, Advocatenblad (2010) p. 332

De beslissing of een partij gebruik mag maken van onrechtmatig verkregen bewijs, is aan de rechter overgelaten.<sup>193</sup> De rechter beoordeelt van geval tot geval of sprake is van onrechtmatig verkregen bewijs en, zo ja, of dit in de procedure kan worden meegewogen of moet worden uitgesloten. In de literatuur bestaat er grotendeels overeenstemming over dat de rechter bij de beslissing of onrechtmatig verkregen bewijs in de procedure kan worden toegelaten, belangen moet afwegen.<sup>194</sup> Bewijs dat verkregen is in strijd met een wettelijke plicht, moet altijd buiten beschouwing worden gelaten; bij schending van een zorgvuldigheidsnorm moeten belangen worden afgewogen. Bij die afweging staat aan de ene kant het belang van waarheidsvinding, dat natuurlijk gediend is met zoveel mogelijk informatie en dus met het toelaten van onrechtmatig verkregen bewijs.

Minder duidelijk is welke belangen precies moeten worden afgewogen tegenover dat belang van waarheidsvinding. Volgens sommigen is dat het belang van hoor en wederhoor of het belang van *equality of arms*.<sup>195</sup> Bij dat laatste gaat het er om of een partij ook andere mogelijkheden had om de betreffende informatie te achterhalen of wel 'noodgedwongen' via 'andere' (onrechtmatige) wegen bewijs heeft verkregen. Daarbij zou dan mee te wegen zijn of de wederpartij zelf niet de vereiste transparantie of medewerking heeft gegeven, maar informatie heeft achtergehouden; dat zou reden zijn om sneller onrechtmatig verkregen bewijs toe te laten.<sup>196</sup>

Anderen spreken over een belangenafweging tussen waarheidsvinding en het belang van vertrouwelijkheid van de gegevens of het belang van eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. Dit is echter minder juist: een dergelijke belangenafweging is aan de orde bij de vraag of sprake is van gewichtige redenen om de betreffende informatie niet openbaar te maken, maar daarover gaat het niet primair bij de vraag of onrechtmatig verkregen bewijs moet worden toegelaten. De nadruk bij de vraag naar onrechtmatig verkregen bewijs ligt niet op de normschending waarmee bepaalde informatie is verkregen, maar op het in de procedure brengen van die informatie.<sup>197</sup>

193 Parlementaire geschiedenis nieuw bewijsrecht (1988) p. 57.

194 M.D.C. Embregts (2003) p. 237; W.L. Haardt (1991) p. 95; W.D.H. Asser (1991); W.H. van Soeren (1986) p. 486; E.J. Dommering (1983) p. 200-203. Zie anders M. Kremer (1999), die stelt dat het uitsluiten van onrechtmatig verkregen bewijs nimmer de juiste sanctie is op onrechtmatige bewijsgaring. Volgens hem zijn er alternatieven, zoals schadevergoeding of een tuchtrechtelijke sanctie; in de procedure dient echter het belang van waarheidsvinding altijd voor te gaan. Aan een belangenafweging wordt zo niet toegekomen.

195 W.D.H. Asser (1991) p. 16.

196 Zie voor deze bij de belangenafweging mee te wegen gezichtspunten W.H. van Soeren (1986) p. 483-489; overgenomen door W.L. Haardt (1991) p. 94-95; M.C.D. Embregts (2003) p. 265.

197 Denkbaar is ook dat het bewijs niet op onrechtmatige wijze is verkregen, maar dat (slechts) het als bewijsmiddel inbrengen van vertrouwelijke informatie onrechtmatig is. Vergelijk E.J. Dommering (1983) p. 201 en H.J. Snijders (1992) p. 55. Dan is wel sprake van een zuiver belangenconflict tussen waarheidsvinding en het belang van vertrouwelijkheid.

Daarmee gaat het bij onrechtmatig verkregen bewijs in de kern om de vraag of het gerechtvaardigd is dat een procespartij die op onrechtmatige wijze bewijs heeft verkregen, wordt beloond door dit bewijs tot haar voordeel te betrekken in de procedure. Het is dus het belang van (het niet honoreren of voorkomen van) een normschending of een rechtsinbreuk, dat moet worden afgewogen tegen het belang van waarheidsvinding.<sup>198</sup>

Het valt op dat in de rechtspraak van de Hoge Raad een beroep op de uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs zelden of nooit wordt gehonoreerd. Het lijkt erop dat de visie van Asser hier leidend is:

*“Het zal van de omstandigheden afhangen of de wijze waarop het bewijsmateriaal is verkregen van invloed moet zijn op de toelaatbaarheid in het geding. Ik zou menen dat hierbij de grootst mogelijke terughoudendheid op haar plaats is. Door bepaald bewijsmateriaal bij voorbaat uit te sluiten ontnemt de rechter zich de mogelijkheid om recht te doen op basis van de werkelijkheid. Een dergelijk ingreep die strijd is met zo’n zwaarwegend fundamenteel beginsel kan, naar ik meen, slechts gerechtvaardigd zijn indien andere, gelet op de omstandigheden van het geval zwaarder wegende belangen zijn geschonden door de bewijsgaring. Waar dergelijke belangen aan de zijde van de partij, tegen wie het bewijs zou worden gebezigd, dan bovendien al snel vermengd kunnen raken met het belang van die partij om het proces te winnen, past behoedzaamheid.”*<sup>199</sup>

Anders dan uit deze woorden van Asser is af te leiden, blijkt uit de jurisprudentie van de Hoge Raad echter niet dat de terughoudendheid om onrechtmatig verkregen bewijs uit te sluiten, is ingegeven door een belangenafweging ten gunste van de waarheidsvinding. Eigenlijk is uit de rechtspraak van de Hoge Raad helemaal niet af te leiden dat een *belangenafweging* wordt gemaakt.<sup>200</sup>

De reden dat een beroep op uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs zelden of nooit wordt gehonoreerd, is bijna altijd dat niet geoordeeld wordt dat sprake is van onrechtmatig verkregen bewijs.<sup>201</sup> Aan de vraag of het gebruik van dit bewijs in de procedure is toegestaan, wordt dan niet toegekeken. Soms oordeelt

198 W.L. Haardt (1991) p. 95 en H.J. Snijders (1992) p. 58.

199 Zie de conclusie van A-G Asser onder punt 4.11 voor HR 16 oktober 1987, NJ 1988, 850 m.nt. EAA.

200 Zie slechts HR 23 mei 1986, NJ 1987, 702 waarin de Hoge Raad een van de motivering door het hof deel uitmakende belangenafweging, sanctioneert.

201 Als enige uitzondering vond ik HR 30 november 2001, NJ 2002, 462 m.nt. JdB. Overigens kon het oordeel dat sprake was van het maken van video-opnames “die een zodanige inbreuk in de door art. 10 GW beschermde persoonlijke levenssfeer [opleveren] dat zij zonder toestemming (...) niet mogen plaatsvinden” (de Hoge Raad gebruikt niet de term ‘onrechtmatig verkregen bewijs’), betrokkene niet baten, omdat ook zonder dat bewijsmiddel de beslissing van het hof in stand kon blijven.

de Hoge Raad dat de gestelde onrechtmatige bewijsgaring niet onrechtmatig was.<sup>202</sup> In andere gevallen laat de Hoge Raad in het midden of sprake is van onrechtmatige bewijsgaring.<sup>203</sup> Het zonder toestemming van de wederpartij opnemen van telefoongesprekken vindt de Hoge Raad op zich zelf niet onrechtmatig, tenzij sprake is van ‘bijkomende omstandigheden’, te beoordelen aan de hand van de specifieke omstandigheden van het geval.<sup>204</sup> Voorts geldt dat strafrechtrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs niet per definitie als (civielrechtelijk) onrechtmatig bewijs heeft te gelden.<sup>205</sup> De conclusie is derhalve dat bij een beroep op onrechtmatig verkregen bewijs in de meeste gevallen niet wordt toegekomen aan een afweging met het belang van waarheidsvinding, omdat het al eerder is gestrand: niet snel wordt aangenomen dat hier sprake is van een normschending.

Toch is het de vraag of er aanleiding is de accenten wat anders te plaatsen, indien eenmaal is aangenomen dat sprake is van een normschending bij de bewijsgaring. Het is één ding om te oordelen dat een partij geen ‘gewichtige redenen’ heeft om informatie niet in de procedure openbaar te maken. Daarbij kan ook, zoals hiervoor aan de orde kwam, een compromis worden gevonden door informatie gedeeltelijk openbaar te maken en gedeeltelijk vertrouwelijk te houden. Daarmee is echter niet gezegd dat het de wederpartij ook vrijstaat om buiten de rechter om en zonder toestemming van de partij die de beschikking heeft over vertrouwelijke informatie, die informatie in de procedure te openbaren. Dit is in beginsel niet het geval.

Zoals bekend is er de afgelopen jaren steeds meer aandacht voor de zorgvuldigheid die een partij jegens haar wederpartij in acht moet nemen.<sup>206</sup> Die zorgvuldigheid houdt in dat rekening moet worden gehouden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij. Dit betekent enerzijds dat een procespartij informatie- en mededelingsplichten heeft jegens haar wederpartij. Maar de keerzijde hiervan is dat een procespartij óók rekening moet houden met het gerechtvaardigde belang van haar wederpartij om bepaalde informatie vertrouwelijk te houden. Wanneer eenmaal sprake is van zo’n gerechtvaardigd belang bij vertrouwelijke informatie, zou het zonder toestemming in de procedure brengen door de partij bij wie de vertrouwelijke informatie berust of van wie de vertrouwelijke informatie afkomstig is, in beginsel moeten worden aangemerkt als de schending van een zorgvuldigheidsnorm jegens de wederpartij. In dat geval zou de rechter de betreffende infor-

202 HR 31 mei 2002, NJ 2003, 589 m.nt. JBMV; HR 11 november 1994, NJ 1995, 400 m.nt. EEA en HJS; HR 2 juni 1989, NJ 1989, 654 en HR 14 april 1989, NJ 1990, 712 m.nt. CJHB en JCS.

203 HR 12 februari 1993, NJ 1993, 599 m.nt. EAA en HJS; HR 23 mei 1986, NJ 1987, 702 m.nt. EEA. In HR 1 juli 1982, NJ 1983, 682 m.nt. JCS diende het hof nog nader feitenonderzoek te verrichten alvorens geoordeeld kon worden dat sprake was van onrechtmatig verkregen bewijs.

204 HR 16 oktober 1987, NJ 1988, 850 m.nt. EEA; herhaald in HR 7 februari 1992, NJ 1993, 78 m.nt. HJS.

205 Dit is beslist in het belastingrecht, zie HR 1 juli 1992, NJ 1994, 621.

206 Zie met name B.T.M. van der Wiel (2004). Vergelijk ook Asser-Groen-Vranken, Tzankova (2003) p. 67 e.v.



matie buiten beschouwing moeten laten. Ook in deze situatie is een procedurele voorziening geboden: als de rechter al kennis heeft genomen van de informatie, zou een andere rechter de zaak verder moeten beoordelen.

Hier is nog steeds actueel het door Veegens verwoorde standpunt, dat onrechtmatig verkregen bewijs in beginsel door de rechter buiten beschouwing moet worden gelaten:

*“Opsporing van de materiële waarheid ten dienste van de rechtspraak is een rechtsbelang van hoge orde, maar niet zo hoog dat voorrang van enig ander belang nooit denkbaar kan zijn.”*<sup>207</sup>

Het toelaten van onrechtmatig verkregen bewijs is ook helemaal niet nodig. Het recht biedt voldoende andere mogelijkheden dan het toestaan van onrechtmatig verkregen bewijs, om grip te krijgen op een partij die ten onrechte nalaat bepaalde informatie in het geding te brengen. Wanneer een partij weet of vermoedt dat haar wederpartij over belangrijke informatie beschikt die niet in de procedure is ingebracht, kan zij de rechter vragen toepassing te geven aan art. 22 Rv of zelf een vordering instellen op grond van art. 843a Rv, zo nodig vooraf gegaan door het leggen van bewijsbeslag. De rechter kan dan beoordelen of de wederpartij het recht heeft om de betreffende informatie achter te houden. Als dat niet het geval is, maar de wederpartij toch weigert de betreffende informatie in het geding te brengen, zal de rechter dit ten nadele van de weigerachtige partij laten werken. Er zijn ook andere mogelijkheden. De rechter kan een partij die ten onrechte informatie achterhoudt, belasten met een verzwaarde stelplicht of haar tegemoetkomen via de bewijswaardering. Deze onderwerpen zullen worden besproken in hoofdstuk 5.

Het ten behoeve van de waarheidsvinding toelaten van onrechtmatig verkregen bewijs is een paardenmiddel. Er zijn voldoende alternatieven om het belang van waarheidsvinding even goed te dienen. Met het oog op de zorgvuldigheid die partijen tegenover elkaar in acht moeten nemen, dient toepassing van dat paardenmiddel zoveel mogelijk achterwege te blijven.

#### 4.9 Samenvatting

De rechterlijke waarheidsvinding is altijd ingebed in de juridische procedure. De waarheidsvinding kan dan ook niet los worden gezien van haar procedurele context. Dit geeft sommigen aanleiding tot de opvatting dat de procedure een belemmering is voor de waarheidsvinding; de procedure zou een corset zijn dat de waarheidsvinding aan banden legt (*paragraaf 4.1*).

In haar uiterste consequentie leidt deze opvatting tot het standpunt dat het uiteindelijk alléén gaat om de procedure. Deze opvatting is verdedigd door de

<sup>207</sup> Veegens-Wiersma (1973) p. 62. In deze zelfde richting lijkt ook E.J. Dommering (1983) p. 200-203 te gaan.

Duitse rechtssocioloog Niklas Luhmann. Volgens Luhmann is het een illusie dat in een rechterlijke beslissing waarheid zou kunnen worden gevonden. Daarom is het de procedure, en dan met name *deelnamen* aan de procedure, die de rechterlijke beslissing moet legitimeren voor partijen. Het bezwaar tegen deze en vergelijkbare theorieën is dat er geen plaats is ingeruimd voor de inhoud van de rechterlijke beslissing en dat zij uitmonden in een processueel waarheidsbegrip. De rechterlijke beslissing kan echter niet uitsluitend begrepen worden – noch in beschrijvend noch in normatief opzicht – in haar procedurele inbedding. Er moeten ook eisen worden gesteld aan de *inhoud* van de beslissing, onder meer dat deze zoveel mogelijk moet berusten op een correcte vaststelling van de feiten. Bovendien geeft een louter processuele benadering van de rechterlijke beslissing geen inzicht in de normen die gelden voor de informatie (stellingen en bewijsmiddelen) die in de procedure moet worden ingebracht en de wijze waarop de procedure moet worden ingericht (*paragraaf 4.2*).

Eén van de consequenties van de procedurele inbedding van de waarheidsvinding is wel dat waarheidsvinding niet het enige belang is dat telt in de procedure. Ook andere belangen kunnen een rol spelen; de rechter moet dan belangen afwegen. Bovendien brengt de procedurele inbedding met zich mee dat de waarheidsvinding altijd binnen een bepaalde periode tot een einde moet worden gebracht. De procedure kan geen open einde hebben; de rechter moet altijd een beslissing nemen. Het einde van de waarheidsvinding is bovendien definitief. Het is dan ook zaak de procedure zo in te richten dat binnen die beperkte periode van de procedure de waarheidsvinding zoveel mogelijk tot haar recht komt. Meer zinvol dan de constatering dat de procedurele inbedding de waarheidsvinding kan beperken, is daarom de vraag hoe de procedure zodanig kan worden vormgegeven, dat deze de waarheidsvinding zo min mogelijk beperkt (*paragraaf 4.3*).

Dat begin en einde van de procedure ook begin en einde van de waarheidsvinding markeren, is welhaast onontkoombaar, zij het dat er steeds meer ruimte is voor preprocesuele waarheidsvinding. Met het oog op het zo mogelijk voorkomen van procedures en een efficiënt verloop van de procedure, ook vanuit het perspectief van waarheidsvinding, is dit een gunstige ontwikkeling (*paragraaf 4.4*).

Vanuit het belang dat waarheidsvinding zoveel mogelijk tot haar recht komt, moeten tijdens de procedure zo min mogelijk grenzen of beperkingen aan de waarheidsvinding worden opgeworpen. De rechter moet daarom partijen de ruimte geven om zo nodig nog met nadere informatie te komen of nieuwe stukken in het geding te brengen en niet te snel – door middel van het ‘vertrechten’ van de procedure – zaken als een gepasseerd station aanmerken. Bovendien moet de rechter ruimhartig zijn met het verstrekken van bewijsopdrachten, zodat informatie die van belang is bij de waarheidsvinding, de rechter ook inderdaad bereikt. De rechter kan dit ook steeds ambtshalve doen. Ook de overgang naar het hoger beroep mag geen drempel opwerpen voor partijen om met nieuwe stellingen of bewijsmiddelen te komen; hoger beroep dient er ook toe tekortkomingen in de waarheidsvinding te helen (*paragraaf 4.5*).

Bij de verschillende belangen die de rechter in de procedure moet afwegen kan in de eerste plaats aan de orde zijn een afweging tussen het belang van waarheidsvinding en het belang van een voortvarende procedure (*paragraaf 4.6*). Aan de hand van een aantal voorbeelden, zoals het recht om nadere stukken in te brengen, het recht op getuigenbewijs en het recht op pleidooi, is betoogd dat het (zwaarwegende) belang van waarheidsvinding in beginsel vóór het belang van een voortvarend verloop van de procedure gaat. Alleen als er bijzondere omstandigheden zijn, mag de rechter het voortvarende verloop van de procedure ten koste van waarheidsvinding laten gaan. Als sprake is van verwijtbaar nalatig gedrag van een partij waardoor de procedure onnodig vertraging oploopt, kan de rechter wel een sanctie voor opleggen in de vorm van een proceskostenveroordeling.

Vervolgens is besproken de afweging van het belang van waarheidsvinding met dat van de vertrouwelijkheid van gegevens (*paragraaf 4.7*). Daarbij is een onderscheid gemaakt tussen gegevens van partijen en gegevens van derden. Voor gegevens van *partijen* geldt dat het belang van waarheidsvinding in het algemeen zwaarder zal wegen dan dat van vertrouwelijkheid. Een inhoudelijke afweging van het belang van vertrouwelijkheid versus het belang van waarheidsvinding, vergt een afzonderlijke procedurele voorziening, waarin de rechter zo nodig kan beslissen dat de gevraagde inzage slechts beperkt of onder voorwaarden plaatsvindt (*paragraaf 4.7.2*). Wanneer een partij door het beroep op vertrouwelijkheid slechts haar eigen bewijspositie bemoeilijkt, is er in beginsel minder reden het belang van waarheidsvinding zwaarder te laten wegen dan dat van vertrouwelijkheid (*paragraaf 4.7.3*). Voorts is verdedigd dat een ruime uitleg en toepassing aan art. 843a Rv moet worden gegeven. Met name in het licht van de in art. 21 Rv neergelegde waarheidsplicht van partijen én vanwege het ontbreken van een *disclosure*-regeling, dient de rechter niet terughoudend te zijn met het toewijzen van een verzoek om inzage, ook niet wanneer niet precies duidelijk is om welke bescheiden het gaat of welke informatie in die bescheiden is te vinden. Evenmin is er reden om de inzage in bescheiden als subsidiair aan een getuigenverhoor te beschouwen (*paragraaf 4.7.4*).

Voor gegevens van *derden* ligt de zaak iets anders. Ook van hen kan op de voet van art. 843a Rv inzage in bescheiden worden gevergd, maar zij zullen zich sneller op het belang van vertrouwelijkheid kunnen beroepen (*paragraaf 4.7.5*). Tot nu toe is het recht op vertrouwelijkheid van informatie van derden vooral uitgewerkt in het verschoningsrecht dat aan bepaalde getuigen toekomt, derhalve aan de vertrouwelijkheid van *mondeling* te verstrekken informatie. Hierbij valt vooral de alles-of-niets benadering op: slechts weinig getuigen kunnen zich beroepen op een functioneel verschoningsrecht, maar wanneer dat wel het geval is, is het in beginsel aan de verschoningsgerechtigde zelf om de reikwijdte van het verschoningsrecht te bepalen en blijkt dat vrijwel alle gevraagde informatie daaronder valt (*paragraaf 4.7.6* en *4.7.7*). In plaats van het huidige systeem is gepleit voor een meer casuïstische benadering, waarbij de rechter van geval tot geval moet afwegen of er voldoende reden is om een beroep op een verschoningsrecht te honoreren.

In die afweging zou ook het belang van *partijen*, en meer specifiek het belang van waarheidsvinding in de procedure, een rol moeten spelen (*paragraaf 4.7.8*).

In de laatste paragraaf is ingegaan op onrechtmatig verkregen bewijs. Hier moet het belang van het niet honoreren (en daarmee voorkomen) van een normschending of een rechtsinbreuk, worden afgewogen tegen het belang van waarheidsvinding. Anders dan bij de eerder besproken belangenafweging is er hier géén reden om het belang van waarheidsvinding zwaarder te laten wegen. Het belangrijkste argument daarvoor is dat de normschending of rechtsinbreuk niet nodig is, omdat er voldoende mogelijkheden zijn voor een partij om zonder normschending de gewenste informatie te verkrijgen, zoals het leggen van bewijsbeslag of het instellen van een vordering ex art. 843a Rv. Een partij kan ook onder de aandacht van de rechter brengen dat de wederpartij bepaalde informatie achterhoudt of weigert te verstrekken. De rechter kan een partij dan gelasten die informatie in het geding te brengen. Wanneer een partij dat dan weigert, kan de rechter daaraan consequenties verbinden ten nadele van die partij. Het toelaten van onrechtmatig verkregen bewijs is een weg die niet bewandeld zou moeten worden (*paragraaf 4.8*).



## 5 Waarheidsvinding en bewijzen

*“Man would be at a great loss, if he had nothing to direct him, but what has the certainty of true knowledge”<sup>1</sup>*

### 5.1 Inleiding

Waarheidsvinding in de procedure krijgt een specifiek karakter wanneer de rechter een bewijsbeslissing moet nemen. De fase van het selecteren van de feiten waarover partijen het eens zijn, is gepasseerd. Ook is niet meer aan de orde het vaststellen van feiten waartegen onvoldoende verweer gevoerd is, of juist het voorbijgaan aan feiten die door een partij naar voren zijn gebracht, omdat daaraan onvoldoende onderbouwing is gegeven.

Bij de bewijsbeslissing gaat het om feitenvaststelling na een uitdrukkelijke opdracht of uitnodiging van de rechter tot bewijslevering, aan de hand van getuigenverhoor, een deskundigenbericht, een gerechtelijke plaatsopneming of, bij uitzondering, nadere schriftelijke stukken. Er vindt dus een bewijsincident plaats. Op basis van de in het incident verkregen bewijsmiddelen neemt de rechter een expliciete beslissing of het bewijs van een bepaald feit wel of niet geleverd is. Daarmee is beslist of die feiten al dan niet zijn komen vast te staan.

Het is nuttig om op te merken dat deze *bewijsbeslissing in eigenlijke zin* slechts in een minderheid van de civiele procedures aan de orde is, zoals ook in paragraaf 1.5.3 is besproken. In alle procedures stelt de rechter feiten vast, maar slechts in een beperkt aantal zaken is daarbij een expliciete bewijsbeslissing aan de orde. Dat betekent dat bewijzen – in *déze zin* – slechts voor een beperkt deel van het proces van feitenvaststelling in de civiele procedure relevant is. In de meeste procedures worden feiten vastgesteld *zónder* dat er een expliciete bewijsbeslissing aan te pas komt.

Toch verdient de bewijsbeslissing bijzondere aandacht, vooral omdat waarheidsvinding hier *in optima forma* naar voren komt. Wanneer de rechter een bewijsbeslis-

1 John Locke (1706, edition 1999) Boek IV, hoofdstuk XIV, § 1.

sing neemt en moet beoordelen of het bewijs van een feit wel of niet is geleverd, beweegt de rechter zich op het scherpst van de snede tussen ‘waar’ en ‘onwaar’. Waarheidsvinding vindt dan expliciet en onomwonden plaats.

Vanwege dit expliciete karakter van waarheidsvinding bij de rechterlijke bewijsbeslissing zou te verwachten zijn dat in wet of rechtspraak genormeerd is wanneer het bewijs van een feit geleverd is. Maar de bewijsbeslissing is juist minimaal genormeerd. Dit heeft met name te maken met het beginsel van de vrije bewijswaardering, dat is neergelegd in art. 152 lid 2 Rv:

*“De waardering van het bewijs is aan het oordeel van de rechter overgelaten, tenzij de wet anders bepaalt.”*

Dat de waardering van het bewijs aan het oordeel van de rechter is overgelaten, heeft twee kanten. In de eerste plaats is de rechter vrij om naar eigen inzicht te bepalen welke bewijskracht aan een bepaald bewijsmiddel moet worden toegekend. Dit is het beginsel van *vrije bewijskracht*. In de tweede plaats is de rechter vrij om te beslissen wanneer het bewijs geleverd is; er is geen *wettelijke bewijswaarderingsmaatstaf*.

Het eerste punt, dat de rechter vrij is om naar eigen inzicht te bepalen welke bewijskracht zij aan een bepaald bewijsmiddel toekent, is het gevolg van het feit dat de wet niet dwingend voorschrijft welke bewijskracht aan een bepaald bewijsmiddel toekomt. Hierop bestaat een aantal belangrijke uitzonderingen, zoals de regel dat een akte dwingend bewijs oplevert<sup>2</sup> en dat de verklaring van een partijgetuige slechts als aanvullend bewijs kan dienen.<sup>3</sup> Ook zijn er bijzondere wettelijke bepalingen die voor een bepaalde situatie voorschrijven welke bewijskracht aan een bewijsmiddel moet worden toegekend.<sup>4</sup> Deze uitzonderingen op het beginsel van de vrije bewijskracht bestrijken zo’n breed terrein, dat het de vraag is of het wel terecht is de rechterlijke vrijheid bij de bewijswaardering zo centraal te stellen en of niet eerder sprake is van gedeeltelijke vrijheid en gedeeltelijke gebondenheid.<sup>5</sup>

Meer algemeen kan gesteld worden dat wanneer het gaat om de waardering van *schriftelijk* bewijs, de rechterlijke vrijheid minder groot is dan het beginsel van vrije bewijskracht suggereert. De nadruk ligt hier meer op een *begrijpelijke motivering* van de rechterlijke beslissing over het bewijs dan op een vrije waar-

2 Zie art. 157 lid 2 Rv: een authentieke of onderhandse akte levert ten aanzien van een partij omtrent hetgeen de akte bestemd is ten behoeve van de wederpartij te bewijzen, tussen partijen dwingend bewijs op van de waarheid van de verklaring, tenzij dit zou kunnen leiden tot een rechtsgevolg dat niet ter vrije bepaling van partijen staat.

3 Zie art. 164 lid 2 Rv: de verklaring van een partijgetuige kan slechts dienen ter aanvulling van onvolledig bewijs.

4 Bijvoorbeeld art. 1:417 lid 2 BW, dat bepaalt dat een akte van overlijden dwingend bewijs oplevert dat een vermiste op de in de akte vermelde dag is overleden.

5 De definitie van een akte is erg ruim (*elk ondertekend schriftelijk stuk dat bestemd is tot bewijs te dienen*) en een aanzienlijk aantal getuigen zijn partijgetuigen.

dering daarvan (vergelijk paragraaf 1.5.2). Ditzelfde geldt bij de waardering van deskundigenbewijs; ook daar is niet werkelijk sprake van een vrije waardering van bewijs. Dat zal nader aan de orde komen in paragraaf 7.6.

In feite, zo moet worden geconcludeerd, geldt de rechterlijke vrijheid bij de bewijswaardering vooral wanneer het gaat om de waardering van *getuigenbewijs*; daar is de rechter inderdaad vrij. Om die reden wordt de vraag hoe de rechter invulling moet geven aan haar vrijheid inzake het bepalen van de *bewijskracht* van een bewijsmiddel, toegespitst op de in hoofdstuk 6 te bespreken waardering van getuigenbewijs.

In dit hoofdstuk gaat het vooral om het tweede aspect van de vrije bewijswaardering, namelijk dat de wet geen bewijswaarderingsmaatstaf bevat, maar dat het aan de rechter is overgelaten om te beslissen wanneer het bewijs van een bepaald feit geleverd is.

Zo'n rechterlijke vrijheid klinkt wellicht aantrekkelijk, maar heeft ook nadelen. Uit het oogpunt van waarheidsvinding is het een nadeel dat er geen houvast is voor de rechter om te bepalen of een positieve bewijsbeslissing kan of moet worden genomen en het te bewijzen feit dus als waar heeft te gelden. Dit kan met zich meebrengen dat ook partijen niet kunnen inschatten welke beslissing de rechter zal nemen, zodat sprake is van onzekerheid over hun processuele positie.

Het ontbreken van een duidelijke bewijswaarderingsmaatstaf kan er toe leiden dat de rechter de lat voor een positieve bewijsbeslissing te laag legt en te snel een feit bewezen acht. De rechter zou dan feiten bewezen achten, terwijl die feiten zich in werkelijkheid niet hebben voorgedaan. Dat zou van negatieve invloed zijn op de waarheidsvinding; de rechter houdt immers feiten voor waar, die dat in werkelijkheid niet zijn. De cynische gevolgtrekking over bewijzen is dan:

*“Bewijzen in het civiele recht is iets aantonen voor de rechter los van de vraag of het waar is.”<sup>6</sup>*

Maar de mogelijkheid bestaat ook dat de rechter de lat voor een positieve bewijsbeslissing juist heel hoog legt en slechts zelden oordeelt dat een feit bewezen is. Ook dat zou een negatieve invloed op de waarheidsvinding hebben, omdat de rechter dan wellicht feiten níet voor waar houdt, terwijl die feiten zich in werkelijkheid wel hebben voorgedaan. In dat geval is sprake van de situatie waarop Von Schmidt auf Altenstadt doelt:

*“De waarheid is vaak een fictie omdat een betwiste stelling die niet aannemelijk wordt gemaakt, door de rechter voor onwaar moet worden gehouden”<sup>7</sup>*

6 H.L.G. Wieten (2002) p. 4.

7 P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt (2002) p. 10.



Ware feiten gaan dus voor onwaar door, omdat zij niet kunnen bewezen. Beide situaties bieden een onaantrekkelijk perspectief. De rechter dient zoveel mogelijk van een correcte feitenvaststelling uit te gaan en moet dus geen positieve bewijsbeslissing nemen ten aanzien van feiten die zich in werkelijkheid niet hebben voorgedaan. En andersom zou de rechter geen negatieve bewijsbeslissing moeten nemen ten aanzien van feiten die zich in werkelijkheid wél hebben voorgedaan. De bewijswaarderingsmaatstaf zou juist een hulpmiddel moeten zijn, waarmee zoveel mogelijk bereikt kan worden dat feiten die waar zijn, door de rechter ook bewezen worden geacht en feiten die niet waar zijn, door de rechter niet bewezen worden geacht. Een inhoudelijke invulling van de bewijswaarderingsmaatstaf, die de rechter houvast geeft bij de bewijsbeslissing, moet hier een balans in vinden en dient dus de lat noch te hoog noch te laag te leggen.

Hierbij valt te bedenken dat het uiteindelijke *doel* van het bewijsrecht is de rechter in staat te stellen zoveel mogelijk tot een correcte vaststelling van de relevante feiten te komen. Voor het bewijsrecht geldt op dit punt hetzelfde als voor het algemene procesrecht, waarvan het bewijsrecht deel uitmaakt: het moet het belang van waarheidsvinding dienen (vergelijk hoofdstuk 2). En net als voor het procesrecht geldt eveneens voor het bewijsrecht dat weliswaar ook het belang van een behoorlijk verloop van de procedure een behartenswaardig belang is, maar dat het niet gereduceerd kan worden tot zijn procedurele merites (vergelijk paragraaf 4.2).

Het zou daarom een misvatting zijn de kern van het bewijsrecht te situeren in een verdeling van het bewijsrisico tussen partijen. De verdeling van het bewijsrisico is een nuttige en zelfs onmisbare bijkomstigheid van het bewijsrecht, omdat het immers de rechter in staat stelt ook een beslissing te nemen wanneer de feiten onduidelijk blijven. De verdeling van het bewijsrisico kan echter niet los worden gezien van het uiteindelijke doel van het bewijsrecht: de rechter in staat stellen om de relevante feiten correct vast te stellen. Het leerstuk van de bewijslast(risico)-verdeling kent om die reden, dus in het belang van waarheidsvinding, de nodige flexibiliteit, zo zal aan het slot van dit hoofdstuk worden besproken (paragraaf 5.8).

De meeste aandacht in dit hoofdstuk zal uitgaan naar de vraag wanneer voor de rechter een feit bewezen is, wanneer de rechter dat feit voor *waar* kan houden. Is het mogelijk de bewijswaarderingsmaatstaf een *inhoudelijke invulling* te geven, zodat de rechter meer houvast heeft bij de bewijsbeslissing?

Voor de beantwoording van deze vraag zal eerst worden nagegaan wat bewijzen in de rechterlijke procedure nu eigenlijk inhoudt. Vaak wordt gezegd dat juridisch bewijzen zich onderscheidt van bewijzen in de wetenschap. Dit onderscheid is echter niet houdbaar, zo zal betoogd worden in paragraaf 5.2. Er is geen principieel, methodologisch onderscheid te maken tussen juridisch bewijzen en wetenschappelijk bewijzen. Vervolgens zal aan de hand van de theorie van David Schum in paragraaf 5.3 worden betoogd dat bewijzen *altijd* omgeven is door onzekerheid. Niet alleen voor bewijzen in de rechterlijke procedure, maar voor elke soort van bewijzen geldt dat sprake is van het maken van niet-dwingende gevolgtrekkingen uit een verzame-

ling van gegevens (*'mass of evidence'*). Daarmee is gegeven dat de conclusie van een bewijsredenering nooit absoluut zeker is.

Wanneer elke bewijsredenering omgeven is met onzekerheid, zal dat zeker ook gelden voor die van de rechter. De vraag is dan in welke mate de rechterlijke bewijsbeslissing onzeker mag zijn. Anders gezegd: wanneer mag of moet de rechter een feit bewezen achten? De beantwoording van deze vraag zal onderwerp zijn van de paragrafen 5.4 tot en met 5.7.

In paragraaf 5.4 zal nader worden ingegaan op de invulling die in de rechtspraak en literatuur aan de bewijswaarderingsmaatstaf wordt gegeven; zijn de feiten in voldoende mate komen vast te staan? In paragraaf 5.5 wordt besproken of het mogelijk is een getalsmatige of gekwantificeerde invulling aan de bewijswaarderingsmaatstaf te geven. In de daarop volgende paragraaf 5.6 zal worden bepleit om een inhoudelijke invulling aan de bewijswaarderingsmaatstaf te geven. Daarmee wordt de maatstaf intersubjectief en méér dan een louter subjectieve inschatting van de individuele rechter. Bij de inhoudelijke invulling van de maatstaf wordt gebruik gemaakt van vier ijkpunten, waarop de rechter bij de waardering van bewijs zou moeten letten: relevantie, kwaliteit, reikwijdte en alternatieve hypothesen.

Aan de hand van het in paragraaf 5.6.5 te formuleren voorstel voor een inhoudelijke invulling van de bewijswaarderingsmaatstaf, zal in paragraaf 5.7 worden nagegaan wat dit betekent voor de in de rechtspraak soms gebruikte maatstaf van *aannemelijkheid* van feiten. Ten slotte zal in paragraaf 5.8 aandacht worden besteed aan het verband tussen waarheidsvinding en bewijslast(risico)verdeling.

## 5.2 De aard van juridisch bewijzen

Vaak wordt gezegd dat juridisch bewijzen een heel eigen karakter heeft en niet op één lijn kan worden gesteld met logisch bewijzen of bewijzen in de wetenschap. Zie bijvoorbeeld een bekende passage bij Scheltema:

*“(...) ‘bewijzen’ in juridische zin betekent niet het leveren van logisch, wetenschappelijk bewijs. In wetenschappen als de wiskunde en de wijsbegeerte verstaat men onder bewijzen het trekken van conclusies door het met elkander in verband brengen van feiten en regelen op zoodanige wijze, dat twijfel aan de juistheid der conclusies is uitgesloten. Wat (logisch) bewezen is, staat voor degene, die het bewijs gegeven acht (...) onwrikbaar vast (...). Spreekt men van bewijzen van feiten ten overstaan van den rechter, dan denkt men niet aan zoodanig logisch bewijs. Het begrip bewijzen in procesrechtelijken zin veroorlooft, genoeg te nemen met een minder hoogen graad van zekerheid; het betekent dat den rechter een redelijke mate van zekerheid omtrent de te bewijzen feiten moet zijn verschaft; het beoogt niet logisch, maar maatschappelijk, conventioneel, historisch bewijs.”<sup>8</sup>*

8 F.G. Scheltema (1939) p. 35. Vergelijk in dezelfde zin eerder al P. Pet (1890) p. 9.

Wanneer bewijs geleverd wordt in de wiskunde of de wetenschap levert dit, zo stelt Scheltema, absolute zekerheid op; wanneer bewijs geleverd wordt in de juridische procedure is absolute zekerheid niet aan de orde. Dit is het algemene beeld dat in de literatuur wordt uitgedragen.<sup>9</sup> Inderdaad kan direct worden onderschreven dat juridisch bewijzen iets anders is dan het leveren van logisch of wiskundig bewijs. Bewijs in de logica of wiskunde vindt plaats binnen een gesloten systeem van regels en axioma's. Wanneer binnen dat systeem volgens de geldende regels bewijs wordt geleverd van een bepaalde uitspraak, heeft de conclusie van de bewijsvoering absolute geldigheid en staat de conclusie in die zin 'onwrikbaar vast'. Juridisch bewijzen is hiermee niet te vergelijken, alleen al omdat bewijslevering niet plaatsvindt binnen een gesloten systeem en er niet wordt gewerkt met axioma's.<sup>10</sup>

Anders ligt het echter voor bewijzen in de *wetenschap*. Daar is geen sprake van bewijslevering binnen een gesloten systeem. De conclusie van wetenschappelijke bewijsvoering levert naar hedendaagse inzichten uit de wetenschapsfilosofie ook geen absolute geldigheid op. Het gaat om de toetsing van *hypothesen*, waarbij een hypothese aanvaard wordt wanneer en zolang deze de 'best explanation' biedt voor de beschikbare empirische gegevens. Wetenschappelijke bewijslevering leidt nooit tot absolute waarheid.<sup>11</sup>

Het is dan ook maar de vraag of een scherpe tegenstelling kan worden gemaakt tussen wetenschappelijk bewijzen aan de ene kant, en juridisch bewijzen aan de andere kant.

Door verschillende auteurs is betoogd dat een dergelijke tegenstelling niet houdbaar is en er in feite juist belangrijke overeenkomsten zijn tussen bewijzen in de wetenschap en juridisch bewijzen.<sup>12</sup>

9 Vergelijk Snijders-Klaassen-Meijer (2007) p. 209; Pitlo/Hidma & Rutgers (2004) p. 8; H.L.G. Wieten (2002) p. 4; H.L.G. Dijksterhuis-Wieten (1983) p. 1; M. Storme (1962) p. 29; Asser/Anema & Verdam (1953) p. 36 e.v.; A. Pitlo (1950) p. 6-7; J.Ph. Suyling (1927) p. 134. Zie ook reeds J. Rombach (1879) p. 77. J. Wiarda (1959) p. 208, verwijst naar oudere literatuur, met als oudste bron Jonas Daniel Meyer (1780-1834), die het historisch bewijs tegenover het mathematische bewijs plaatst: alleen mathematische zekerheid is volstrekt zeker, in die zin dat zij het tegendeel uitsluit, terwijl historisch bewijs nooit geheel zeker is. Ook G. Diephuis (1884) p. 187 en R. van Boneval Faure IV-I (1893) p. 5, wijzen erop dat het begrip bewijs niet de mogelijkheid van het tegendeel uitsluit; Van Boneval Faure noemt zekerheid, waarbij het tegendeel wél is uitgesloten, materiële waarheid. Zie voor rechtsvergelijkende gegevens op dit punt Heinrich Nagel (1967) p. 83 e.v. Vergelijk voorts Henri Lévy-Bruhl (1964) p. 15, die *onzekerheid* als een van de drie karakteristieken van juridisch bewijzen aanmerkt.

10 Te verdedigen is dat (wettelijke) bewijsvermoedens wel als axioma's gelden, zij het dat daartegen altijd tegenbewijs openstaat.

11 Erica Beecher-Monas (2007) p. 54.

12 Vergelijk Veegens-Wiersma (1973) p. 47-48; H. Drion (1966) p. 408; A.L. Melai (1968) p. 127. Zie ook Anne Ruth Mackor (2010-I); Klaas Rozemond (2010); N.J.M. Kwakman (2010) en D.J.C. Aben (2010).

Meer specifiek is ook gewezen op de overeenkomsten tussen bewijzen in de geschiedwetenschap en juridisch bewijzen.<sup>13</sup> Voor beide soorten van bewijzen gaat het om het bewijzen van gebeurtenissen die zich in het verleden hebben afgespeeld en gaat het derhalve om *historisch* bewijs. Het begrip ‘historisch bewijs’ wordt echter in verschillende betekenissen gebruikt, waardoor niet altijd duidelijk is wat precies de overeenstemming met juridisch bewijzen is.<sup>14</sup>

Dat er juist overeenkomsten zijn tussen wetenschappelijk bewijzen en bewijzen in de rechterlijke procedure, kan worden uitgewerkt aan de hand van het werk van de wetenschapsfilosoof Susan Haack.<sup>15</sup>

Haack betoogt dat elke vorm van feitenonderzoek (*empirical inquiry*) in de kern een vergelijkbare methode van onderzoek gebruikt. Zij gaat daarbij uit van een ruime omschrijving van feitenonderzoek:

*“Within the category of empirical inquiry there is the natural-scientific, the social-scientific, the historical, the forensic, and so on, as well as everyday inquiry into when your plane leaves, where to buy chappatie flour, how to make the printer do italics, what it was you ate that upset you, and so forth. Some inquiry is better conducted – more scrupulous, more thorough, more imaginative, etc. – and some worse. This goes for inquiry of every kind, scientific inquiry included.”*<sup>16</sup>

Voor al deze soorten van feitenonderzoek, dus zowel in de wetenschap als in het leven van alledag én in alle andere levenssferen, geldt dat getracht wordt op basis van de aanwezige informatie, gerechtvaardigde conclusies te trekken over de feiten waarover men een uitspraak wil doen.

Hierbij, zo stelt Haack, kan er geen onderscheid worden gemaakt tussen bewijzen in de wetenschap en bewijzen op andere terreinen. In essentie is er maar één soort van bewijzen voor feitenonderzoek: het zo goed mogelijk proberen vast te stellen of te achterhalen hoe dingen in elkaar zitten, hoe gebeurtenissen zich hebben voorgedaan, wat de feiten zijn. Er is dus géén speciale methode voor ‘wetenschappelijk bewijzen’; bewijzen in de wetenschap heeft geen ‘epistemologisch geprivilegieerd’ karakter.<sup>17</sup>

13 Zie bijvoorbeeld A.S. de Blécourt (1936).

14 Soms wordt als kenmerkend beschouwd voor historisch bewijs dat het gaat om het bewijs van eenmalige, concrete feiten of gebeurtenissen. Dit in tegenstelling tot natuurwetenschappelijk bewijs, dat betrekking heeft op wetmatigheden, dus juist op zich herhalende feiten. Zie in deze zin bijvoorbeeld H. Drion (1966) p. 410. Opzoomer-Levy (1900) p. 38, spreekt over historisch bewijs, in die zin dat de eigen (rechtstreekse) waarneming van de rechter vervangen is door wettelijke hulpmiddelen. William Twining (2006) p. 331, gebruikt het begrip historische waarheid in de zin van ‘de werkelijke gang van zaken’, wat hem leidt tot de stelling dat ‘*legal discourse needs the categories of historical truth and historical error*’. In deze zin ook Jean-Marc Le Masson (1998). Vergelijk ook H.J.R. Kaptein (2007).

15 Susan Haack (1995), (2007) en (2009).

16 Susan Haack (2007) p. 96.

17 Susan Haack (2007) p. 23.

Het enige verschil tussen wetenschappelijk bewijzen en bewijzen op andere terreinen, is dat de instrumenten of technieken die in de wetenschap worden gebruikt, verfijnder zijn. Dit is dus een *gradueel* verschil tussen bewijzen zoals dat zich op verschillende terreinen manifesteert. Zie Haack:

*“Is scientific inquiry categorically different from other kinds? No. Scientific inquiry is continuous with everyday empirical inquiry – only more so. Is there a mode of inference or procedure of inquiry used by all and only scientists? No. There are only, on the one hand, modes of inference and procedures of inquiry used by all inquirers, and, on the other, special mathematical, statistical, or inferential techniques, and special instruments, models, etc. local to this or that area of science.”*<sup>18</sup>

Volgens Haack hanteert elke feitenonderzoeker – op een abstract niveau beschouwd – dezelfde onderzoeksmethode. Op basis van het beschikbare bewijsmateriaal, en tegen de achtergrond van de reeds bestaande kennis, wordt getracht een gerechtvaardigde uitspraak te doen over een bepaalde hypothese:

*“All empirical inquirers – molecular biologists and musicologists, entomologists and etymologists, sociologists and string theorists, investigative journalists and immunologists – make informed conjectures about the possible explanation of the phenomena that concern them, check out how well these conjectures stand up to the evidence they already have and further evidence they can lay hands on, and then use their judgement whether to check out how well these conjectures stand up to the evidence they already have and any further evidence they can lay hands on (...)”*

De methode van bewijsvoering van feitenonderzoekers werkt Haack uit aan de hand van de metafoor van de *kruiswoordpuzzel*. Sommige vakjes van de puzzel zijn al ingevuld; andere vakjes zijn nog open. De ingevulde vakjes van de puzzel zijn de reeds aanwezige kennis en theorievorming; de nieuw te verwerven kennis moet hierbij in beginsel aansluiten. Een echte methode om de lege vakjes in te vullen is er niet; het is een kwestie van zoeken naar een mogelijke oplossing en vervolgens nagaan of die mogelijke oplossing past bij de al ingevulde hokjes. Het is dus een kwestie van zoeken en proberen, van passen en opnieuw proberen.<sup>19</sup>

Aan de door Haack gegeven opsomming van feitenonderzoekers (*empirical inquirers*) is ook de rechter toe te voegen. Ook voor de rechter geldt dat zij – wanneer sprake is van een bewijsopdracht, deskundigenonderzoek of plaatsopneming, dus wanneer een *bewijsbeslissing in eigenlijke zin* wordt genomen – een onderzoek instelt naar de feiten. Ook de rechter verricht dit feitenonderzoek aan de hand van een *hypothese*, zo is al geconstateerd in paragraaf 1.7. Die hypothese wordt gevormd

18 Susan Haack (2007) p. 94-95.

19 Susan Haack (1993) p. 81 e.v. en p. 137; Susan Haack (2007) p. 94.

door de te bewijzen of te onderzoeken feiten.<sup>20</sup> Dat zijn doorgaans de feiten die de eisende partij aan haar vordering ten grondslag heeft gelegd.<sup>21</sup> En ook de rechter streeft er dan naar een gerechtvaardigde conclusie of beredeneerde gevolgtrekking te maken over de te bewijzen feiten. Aan de hand van de verkregen bewijsmiddelen (getuigenverklaringen, het deskundigenbericht, de eigen waarneming) beoordeelt de rechter of er voldoende redenen zijn om een positieve bewijsbeslissing te nemen.

Het invullen van een kruiswoordpuzzel is ook voor de werkwijze van de rechter een bruikbare metafoor. De rechter beschikt al over een aantal ingevulde hokjes, zoals de feiten waarover partijen het eens zijn, de stellingen van een partij en schriftelijke bewijsstukken in het dossier. Vervolgens probeert de rechter de lege vakjes in te vullen aan de hand van de nieuw verkregen informatie uit de bewijsmiddelen, zoals de getuigenverklaringen of het rapport van de deskundige. De rechter zoekt of de hokjes zo kunnen worden ingevuld, dat een samenhangend en passend geheel wordt verkregen.

Kortom, wanneer de rechter een bewijsbeslissing moet nemen, werkt zij *voor wat betreft de gehanteerde methodologie* vergelijkbaar met andere feitenonderzoekers. In dit opzicht is er geen principieel verschil tussen de rechter en andere feitenonderzoekers of tussen juridisch bewijzen en wetenschappelijk, empirisch, bewijzen.<sup>22</sup> Is er dan helemaal niets specifiek aan de rechterlijke bewijsbeslissing of aan bewijzen in de rechterlijke procedure, vergeleken met andere soorten van bewijzen? Dat is er wel.

Dit heeft in de eerste plaats te maken met de in hoofdstuk 3 besproken afhankelijkheid van de rechter van partijen. Dit betekent dat alle bewijsmiddelen *via* partijen in de procedure moeten komen; de rechter gaat niet zelfstandig, buiten partijen om, op zoek naar feitelijke gegevens of informatie. Wanneer partijen relevante informatie achterhouden, leidt dit ertoe dat de rechter niet beschikt over alle informatie waarover zij zou moeten beschikken om een verantwoorde beslissing te nemen. Om deze reden is het zo belangrijk, zoals eveneens aan de orde is

20 Vergelijk R.W.M. Giard (2009) p. 32-33: het draait bij waarheidsvinding in de procedure om het genereren van hypothesen en het toetsen daarvan.

21 Ook in het strafrecht is benadrukt dat de rechter werkt (althans: zou moeten werken) met hypothesen. In de strafprocedure is het de tenlastelegging die als hypothese fungeert. Zie met name Wagenaar, Israëls en Van Koppen (2009) p. 204 e.v. en voorts Klaas Rozemond (2010), die de tenlastelegging omschrijft als '*een hypothese over de waarheid (...) die kritisch moet worden getoetst*' door de strafrechter (p. 38) en D.J.C. Aben (2010). Het belangrijkste punt dat deze auteurs willen maken met het karakteriseren van de tenlastelegging als een hypothese, is dat de strafrechter ook aandacht moet hebben voor bewijsmiddelen die de hypothese ontkrachten of weerleggen (falsificatie). Kritiek op het karakteriseren van de tenlastelegging als hypothese is geuit door Marc Loth (2009).

22 Idem Anne Ruth Mackor (2010) p. 65; H. Drion (1966) p. 411. Vergelijk J. Eggens (1951) p. 16, die stelt dat het specifieke karakter van juridisch bewijzen erin is gelegen om tot een oordeel te komen over de rechtspositie van partijen. Maar ook in andere disciplines is het doel tot een oordeel, een mening te komen.

gekomen in hoofdstuk 3, dat de rechter zich actief opstelt in de procedure en binnen de door partijen getrokken buitengrenzen van de procedure, haar onderzoeksbevoegdheden inzet om een zo correct en volledig mogelijk beeld te krijgen van de feiten, bijvoorbeeld door het gelasten van een getuigenverhoor.

In de tweede plaats vindt bewijzen in de rechterlijke procedure altijd plaats binnen een procedurele inbedding. In hoofdstuk 4 kwam aan de orde dat die procedurele inbedding onder meer meebrengt dat er altijd een rechterlijke beslissing *moet* volgen. Bij onzekerheid over de feitelijke gang van zaken kan de rechter niet, zoals tot op zekere hoogte in de wetenschap mogelijk is, ‘wegkomen’ met: ‘nader onderzoek is aangewezen’.<sup>23</sup> Er kan misschien nog een nieuwe getuige worden gehoord of partijen kunnen zich nogmaals uitlaten over een bepaalde kwestie, maar dan zal er een knoop moeten worden doorgehakt.

Belangrijker nog is dat de procedurele inbedding tot gevolg heeft dat er een *definitief* einde komt aan de waarheidsvinding, aan het bewijzen in de rechterlijke procedure.<sup>24</sup> Zelfs wanneer nader onderzoek naderhand uitwijst dat de zaken anders in elkaar zaten dan waarvan de rechter uitging, dan nog kan daaraan in beginsel geen betekenis meer worden toegekend. Ook dit is een verschil met wetenschappelijk bewijzen, waar wél altijd bijstelling van een theorie of hypothese mogelijk is; wetenschap draait juist om het bijstellen, verfijnen, uitwerken of verwerpen van bestaande theorieën of hypothesen.<sup>25</sup> Dit definitieve karakter maakt het voor juridisch bewijzen extra belangrijk dat het zorgvuldig en nauwkeurig plaatsvindt.

Maar ondanks deze verschillen tussen juridisch bewijzen en wetenschappelijk bewijzen moet, met Haack, worden aangenomen dat het beide varianten zijn in de gemene deler van feitenonderzoek.

### 5.3 De onzekerheid van juridisch bewijzen

Feitenonderzoek vindt niet alleen plaats door wetenschappers, rechters, journalisten, artsen, historici of politie-inspecteurs, maar ook in het dagelijkse leven. In dat dagelijkse leven worden aan de lopende band onderzocht hoe bepaalde feiten – gebeurtenissen of een gang van zaken – zich voordoen, zich hebben voorgedaan of zich zullen voordoen. Dit onderzoek naar feiten heeft steeds een zelfde patroon: aan de hand van een algemene, reeds aanwezige wijze van redeneren (generalisatie),

23 Op tal van terreinen moet ook wetenschappelijk onderzoek leiden tot beslissingen. Zo kan ook de arts zich niet onthouden van ingrijpen, ook al is er onzekerheid, en zal toch moeten worden besloten of er, bijvoorbeeld, wel of niet ondergrondse opslag van CO<sub>2</sub> plaatsvindt.

24 Vergelijk D.J.C. Aben (2010) p. 225.

25 Vergelijk de omschrijving die J.B.M. Vranken geeft van de rechterlijke oordeelsvorming: ‘*een continu proces van beginnen, bijstellen, toespitsen, opnieuw bekijken*’, zie Asser-Vranken (1995) p. 73 (vergelijk ook paragraaf 1.2). En, zo voegt hij toe: ‘*uiteindelijk de knoop doorhakken*’. In dit laatste ligt dus een fundamenteel verschil tussen rechterlijke en wetenschappelijke bewijsvoering.

wordt een *beredeneerde gevolgtrekking* gemaakt op grond van de verkregen informatie en al bestaande kennis.

Als een kind kletsnat en onder de modder thuiskomt en bekend is dat er een sloot loopt achter het huis, nemen we aan dat het kind in de sloot is gevallen. Daarbij gaan we uit van de generalisatie dat wie in het water valt, nat wordt, en combineren we dit met de verkregen informatie dat het kind kletsnat is en onder de modder zit, en de wetenschap van de sloot achter het huis.

Deze manier van redeneren beschouwt David Schum als kenmerkend voor bewijzen: er wordt een beredeneerde gevolgtrekking gemaakt uit een hoeveelheid uiteenlopende gegevens. Het maken van zo'n beredeneerde gevolgtrekking is een redenering met een inductief karakter.<sup>26</sup> Uit bepaalde feitelijke gegevens wordt een conclusie getrokken over de te bewijzen hypothese of het te bewijzen feit.<sup>27</sup> Daarmee is sprake van een 'sprong': er wordt een beredeneerde gevolgtrekking gemaakt van bekende feiten naar nieuwe, niet bekende, feiten of hypothesen. Het wordt daarom ook wel voorwaarts redeneren ('*inferential reasoning*') genoemd.<sup>28</sup>

De gevolgtrekkingen waarmee van de bekende naar de nieuwe feiten wordt gegaan, vinden plaats aan de hand van achterliggende generalisaties; deze vormen als het ware de 'lijm' van het redeneren.<sup>29</sup>

Omdat sprake is van een 'sprong' in de redenering, is een inductieve bewijsredenering per definitie met een bepaalde mate van onzekerheid omgeven. Er kan nooit met absolute zekerheid een conclusie worden getrokken over de te bewijzen feiten.<sup>30</sup> Zo is de gevolgtrekking dat het natte, modderige, kind in de sloot is gevallen, niet absoluut zeker; misschien blijkt de gang van zaken uiteindelijk te

26 Zie over inductief redeneren onder meer David A. Schum (1994) p. 26 e.v. Als grondlegger van in de inductieve logica wordt algemeen beschouwd Francis Bacon (1561-1626), voorloper van de Britse empiristen. Bacon brak met de bij de Middeleeuwse scholastici populaire deductieve logica en benadrukte het belang van het op basis van experimenten verzamelen van empirische gegevens. Hij is dan ook te zien als een sleutelfiguur bij de ontwikkeling van de moderne natuurwetenschappen. Een eerste systematische behandeling van inductie is gegeven door John Stuart Mill (1806-1873) in zijn *System of logic*. Zie voor een inleiding over inductief redeneren bijvoorbeeld Duncan Pritchard (2006) p. 113-123 en Anthony O'Hear (1989) p. 12-34.

27 David A. Schum (1994) p. 18 e.v.; William Twining (2006) p. 441.

28 Een andere vorm van voorwaarts redeneren is, naast inductie, abductie. Kenmerkend voor abductie is dat de gevolgtrekking over een bepaalde hypothese wordt gemaakt op basis van één feit; de hypothese is de '*inference to the best explanation*' voor het feit. Vergelijk Duncan Pritchard (2006) p. 107-109. Hoewel bij deelvragen in de bewijsbeslissing sprake kan zijn van abductie, is de bewijsbeslissing als geheel toch veeleer als inductief dan abductief te karakteriseren. Zie over abductie in de procedure onder meer Giovanni Tuzet (2003).

29 David A. Schum (1994) p. 81-83; Anderson, Schum en Twining (2005) p. 262.

30 Tot op de dag van vandaag is er geen sluitend argumentatief model ontwikkeld voor inductief redeneren. Dit leidt bij sommigen tot afkeer daarvan; de bekendste tegenstander van inductie is Karl Popper. Tegelijkertijd is echter duidelijk dat inductie onmisbaar is bij het verkrijgen van kennis. Zie kort over de discussie over inductie David A. Schum (1994) p. 30 e.v.



zijn geweest dat naar het kind met modder is gegooid en dat het daarna is natgespoten.

In alle (wetenschappelijke) disciplines waarin het gaat om het bewijzen van feiten of hypothesen, zoals de natuurwetenschappen of de medische wetenschap, wordt gebruik gemaakt van inductieve redeneringen. Wetenschap kan niet zonder inductie,<sup>31</sup> wat overigens niet betekent dat het alléén om inductie gaat.<sup>32</sup> Met hoeveel centimeter zal de zeespiegel de komende vijftig jaar stijgen? Leidt het spelen van gewelddadige videogames tot een verhoogde kans op gewelddadig gedrag? Welk virus was precies verantwoordelijk voor de Spaanse griep? Vragen waarop nooit met absolute zekerheid een antwoord op kan worden gegeven, maar waarbij aan de hand van de verzamelde gegevens en beschikbare kennis, een beredeneerde uitspraak wordt gedaan over de geformuleerde hypothese of vraagstelling.

Zo'n uitspraak behelst altijd meer dan de waarnemingen of gegevens waarop zij berust, en is dus meer dan de som der delen. Daarmee is ook gegeven dat van een logisch-dwingende afleiding van de conclusie uit de beschikbare gegevens geen sprake is.

De door Schum omschreven methode van bewijzen, van het maken van beredeneerde gevolgtrekkingen over bepaalde feiten of hypothesen, geldt volgens hem voor alle terreinen waarop bewijslevering plaatsvindt, of dat nu in het dagelijkse leven is of op andere terreinen, daaronder begrepen wetenschappelijke disciplines.

Volgens Schum kan er dan ook één algemene, abstracte theorie over bewijzen worden gegeven, die onafhankelijk is van de inhoud of het onderwerp van de te bewijzen feiten of hypothese.<sup>33</sup> Ook kan geabstraheerd worden van de aard van de bewijsmiddelen die worden gebruikt. Zo kan het gaan om technisch materiaal, verklaringen, eigen waarnemingen of statistische gegevens.

De theorie van Schum is goed bruikbaar om meer inzicht te krijgen in de aard van juridisch bewijzen. De theorie maakt namelijk duidelijk waarom juridisch bewijzen, net als bewijzen in andere disciplines, altijd omgeven is met onzekerheid.<sup>34</sup>

Hierbij is van belang dat de beredeneerde gevolgtrekking niet plaatsvindt op basis van één feitelijk gegeven, maar op grond van een *verzameling* van gegevens ('*mass of evidence*'); het is dit aspect dat bewijsredeneringen hun eigen, specifieke, karakter geeft.

31 Duncan Pritchard (2006) p. 114. Vergelijk ook Erica Beecher-Monas (2007) p. 5.

32 Susan Haack (2007) p. 98 e.v. Zo benadrukt zij onder meer het belang van verbeelding (*imagination*). In de vorige paragraaf is met de metafoor van de kruiswoordpuzzel al aangegeven dat ook bestaande kennis en theorievorming een onmisbare rol spelen.

33 Om die reden noemt Schum zijn methode '*substance blind*', zie David A. Schum (1994) p. 82 en p. 109; Anderson, Schum en Twining (2005) p. 71 e.v.

34 David A. Schum (1994) p. 484.

Schum onderscheidt een aantal kenmerken van bewijsredeneringen waarin gevolgtrekkingen worden gemaakt op grond van een verzameling van gegevens.<sup>35</sup>

Een eerste kenmerk van dergelijke bewijsredeneringen is dat zij altijd plaatsvinden op basis van een *incomplete* verzameling van gegevens. Altijd zullen bepaalde gegevens ontbreken; nooit is er een volledig overzicht van alle relevante informatie.

Toegespitst op de rechterlijke bewijsbeslissing betekent dit dat het een gegeven is dat de rechter nooit een volledig en compleet beeld van de zaak heeft. Nooit zijn alle feitelijke gegevens in de procedure gebracht. Dit ligt niet aan een verzuim van partijen of van de rechter; het is inherent aan bewijsredeneringen dat het bewijsmateriaal nooit volledig kan zijn. Altijd is er meer bewijsmateriaal denkbaar, dat een nadere ondersteuning of juist een ontkrachting zou kunnen bieden voor de te bewijzen feiten of aan de wel beschikbare bewijsmiddelen. De verzameling bewijsmateriaal is per definitie oneindig; elk bewijsmiddel kan op zijn beurt weer ondersteund worden door ander bewijsmateriaal.

Een tweede kenmerk van het maken van gevolgtrekkingen uit een verzameling van feitelijke gegevens, is dat het feitenmateriaal nooit werkelijk *beslissend* is. Een bewijsmiddel, zowel wanneer het op zich zelf wordt genomen als wanneer het beschouwd wordt in relatie met andere bewijsmiddelen, dwingt niet tot één bepaalde conclusie. Er is zelden of nooit een bewijsmiddel dat werkelijk doorslaggevend is; altijd zullen ook andere opties openblijven.

Ook dit geldt voor de rechterlijke bewijsbeslissing. Een getuige kan een verklaring afleggen die in belangrijke mate de te bewijzen feiten ondersteunt, maar de verklaring zal zelden of nooit tot één bepaalde gevolgtrekking dwingen, in die zin dat er geen andere alternatieven meer denkbaar zijn. Ditzelfde geldt ook voor andere bewijsmiddelen, zoals een deskundigenbericht of een schriftelijk bewijsstuk. Het bewijsmiddel kan grond bieden voor een bepaalde conclusie, maar nooit in die mate dat geen andere conclusie mogelijk is.

Een derde kenmerk van bewijsredeneringen die worden gemaakt aan de hand van een verzameling van gegevens, is dat het bewijsmateriaal zelden geheel consistent of harmonieus is. Sommige gegevens of bewijsmiddelen wijzen naar een kant, maar ander materiaal wijst juist de andere kant op. Er is dan sprake van *dissonantie* van de bewijsmiddelen. Ook hiervan is het gevolg dat meerdere gevolgtrekkingen aan het bewijsmateriaal kunnen worden verbonden; het hangt er maar vanaf aan welk bewijsmiddel het meeste bewijskracht wordt toegekend.

Evenzo heeft de rechter te maken met dissonante (inconsistente) bewijsmiddelen. De verklaring van een getuige ondersteunt de vaststelling van bepaalde feiten, maar de verklaring van een andere getuige ontkracht die juist; de verklaring van de ene deskundige kan de stellingen van de ene partij ondersteunen en die van de andere deskundige kan steun bieden aan de stellingen van de wederpartij. Pas nadat de

---

35 David A. Schum (1994) en voor een korte samenvatting David A. Schum (2003) p. 33 e.v., alsmede Anderson, Schum en Twining (2005) p. 246.

rechter heeft beslist aan welke verklaring het meeste gewicht toekomt, kan een bewijsbeslissing worden genomen.

Een vierde kenmerk van het maken van gevolgtrekkingen uit een verzameling van feitelijke gegevens is dat de bewijsgegevens ook op zich zelf genomen vaak *geen ondubbelzinnige betekenis* hebben. Een bewijsmiddel is niet een soort vector, een gegeven dat duidelijk één bepaalde kant op wijst. Vaak is onduidelijk wat de betekenis van het bewijsmiddel is, hoe het bewijsmiddel geduid zou moeten worden. Dit impliceert dat ook aan een en hetzelfde bewijsmiddel meerdere interpretaties kunnen worden gegeven.

Ook dit is kenmerkend voor bewijs waarmee de rechter te maken heeft. Schriftelijke bewijsmiddelen, maar ook getuigenverklaringen en deskundigenberichten kunnen voor meerdere uitleg vatbaar zijn. Het bewijsmateriaal heeft interpretatie nodig en de keuzes die daarbij worden gemaakt, werken door in de bewijsbeslissing.

Een vijfde kenmerk is dat de feitelijke gegevens waarop de bewijsredenering berust, nooit geheel *betrouwbaar* zijn. Er kan sprake zijn van onjuiste waarnemingen, van onbetrouwbaarheid van verklaringen, van vervalste stukken, van een verkeerde interpretatie door de deskundige van de vraagstelling van de rechter. Al aan de basis van de bewijsredenering is derhalve sprake van onzekerheid, omdat niet vaststaat of de gegevens waarop de redenering berust, wel correct zijn.

Deze onzekerheid over de betrouwbaarheid van de feitelijke gegevens waarop de bewijsredenering berust, doet zich natuurlijk ook voor bij de rechterlijke bewijsbeslissing. Omdat partijen altijd een uitgesproken *belang* hebben bij de uitkomst van de procedure, is het niet ondenkbaar dat schriftelijke stukken worden vervalst of dat getuigen verklaringen afleggen die niet waarheidsgetrouw zijn. In vergelijking met bewijsredeneringen in bijvoorbeeld de natuurwetenschappen, zal de rechterlijke bewijsbeslissing er vooral op dit punt negatief uitspringen, waarmee de onzekerheid bij de bewijsbeslissing toeneemt.

Een zesde kenmerk van bewijsredeneringen is ten slotte dat ook de generalisaties waarvan gebruik wordt gemaakt, de 'lijm' in de bewijsredenering, ondeugdelijk kunnen zijn.<sup>36</sup> De generalisaties zijn als het ware de subjectieve inbreng van degene die de bewijsredenering maakt. Deze kan echter onduidelijk of dubbelzinnig zijn, berusten op vooroordelen of op verouderde kennis. Dit doet afbreuk aan de steekhoudendheid van de gemaakte gevolgtrekkingen. Ook het gebruik maken van impliciete generalisaties kan een valkuil zijn. Kortom, '*generalisations are necessary but dangerous*'.<sup>37</sup>

Ook dit laatste is bij uitstek relevant voor de rechterlijke bewijsbeslissing. Rechters kunnen niet anders dan gebruik maken van generalisaties om gevolgtrekkingen te verbinden aan bewijsmiddelen; zonder die generalisaties zou geen bewijs-

36 Op dit punt is met name gewezen door William Twining (2006) p. 334-335. Zie ook Anderson, Schum en Twining (2005) p. 262 e.v.

37 Anderson, Schum en Twining (2005) p. 276.

beslissing mogelijk zijn. Zo'n generalisatie is bijvoorbeeld dat '*belangrijke schriftelijke stukken waarop een partij zich beroept, direct in de procedure plegen te worden gebracht*'. Dus wanneer een schriftelijk stuk waarop een partij zich beroept, maar waarvan het bestaan van meet af aan door de wederpartij is betwist, pas in hoger beroep in de procedure wordt ingebracht, zal de rechter er op basis van deze generalisatie wellicht vanuit gaan dat dit stuk later is opgemaakt en dus is vervalst. Misschien is dat inderdaad het geval; de rechter dient zich er echter steeds van bewust te zijn dat haar oordeel op dit punt berust op een generalisatie, én dat die generalisatie wellicht in dit geval niet geldig is.<sup>38</sup> Voor dit besef is het op zijn minst noodzakelijk dat de gebruikte generalisatie wordt geëxpliciteerd.

Uit de geschetste kenmerken van een bewijsredenering – het maken van een beredeneerde gevolgtrekking uit een verzameling van gegevens – volgt dat rechterlijke bewijsbeslissingen altijd omgeven zijn met *onzekerheid*. Uit de beschikbare bewijsmiddelen zal nooit dwingend een bepaalde conclusie volgen; altijd is er ruimte voor een andere beslissing. Hieruit volgt dat de rechter altijd te maken heeft met een *keuzemoment*: bewijsbeslissingen vloeien niet logisch-dwingend voort uit het bewijsmateriaal, maar zijn inherent onzeker.

#### 5.4 De door de rechter benodigde zekerheid bij de bewijsbeslissing

Als elke bewijsbeslissing inherent onzeker is, rijst de vraag hoeveel zekerheid de rechter nodig heeft om een positieve bewijsbeslissing te nemen. Absolute zekerheid kan niet worden geleverd, maar hoeveel zekerheid heeft de rechter dan wel nodig? Wanneer mag de rechter een feit bewezen achten? Dit is de vraag naar de bewijswaarderingsmaatstaf.

In het strafrecht is de bewijswaarderingsmaatstaf in de wet neergelegd. Art. 338 WvSv bepaalt dat de rechter *de overtuiging moet hebben bekomen* dat de verdachte het ten laste gelegde feit heeft begaan.<sup>39</sup> De maatstaf in het strafrecht is dus de rechterlijke overtuiging, die wordt ingevuld als een aanduiding van een 'zeer klemmende graad van waarschijnlijkheid';<sup>40</sup> het moet buiten redelijke twijfel zijn dat de verdachte het ten laste gelegde feit heeft begaan.

Het civiele recht kent niet een in de wet neergelegde maatstaf voor de bewijswaardering; zoals gezegd is dit aan de rechter overgelaten. In oudere bewijsrechtelij-

38 Vergelijk de eis van verankering van bewijsmiddelen, zoals zal worden besproken in paragraaf 6.7.

39 Art. 338 WvSv bepaalt ook dat deze overtuiging op de zitting moet zijn bekomen, en op grond van de wettelijke bewijsmiddelen. Volgens J.F. Nijboer (2008) geldt de verplichting van de rechter om de bewijsbeslissing te motiveren als een afzonderlijke eis aan de bewezenverklaring. Zie over de strafrechtelijke rechterlijke overtuiging ook C.P.M. Cleiren (2010): zij omschrijft deze als de overbrugging tussen feitelijk oordeel en rechtsoordeel (p. 266).

40 J.F. Nijboer (2008) p. 86. Enigszins anders J.M. Reijntjes (1980) p. 36, die stelt dat het vereiste van 'overtuiging' samenvalt met het vereiste van het aannemen van bewijs, en dat slechts bedoeld is aan te geven dat geen volstreekte zekerheid behoeft te worden verkregen.

ke literatuur werd vaak een hoge maatstaf voor de bewijslevering bepleit. Zo is bij bijvoorbeeld Grünebaum te lezen:

*“Natuurlijk is het niet voldoende om een feit als bewezen te beschouwen, dat de waarheid daarvan den rechter niet onaannemelijk voorkomt. Er zij een zoo hooge graad van waarschijnlijkheid, dat – al moge ook het tegendeel niet onmogelijk zijn – het den rechter op grond van zijn levenservaring en zijn kennis van de menschelijke natuur en de maatschappelijke verhoudingen onverstandig voorkomt nog aan de waarheid van het feit te twijfelen. Heeft de eischer door zijne bewijsvoering het bewustzijn van een zoodanige waarschijnlijkheid gewekt, dan is de rechter overtuigd en het feit bewezen.”*<sup>41</sup>

Een dergelijke, hoge bewijswaarderingsmaatstaf, waarbij de rechter niet mag twijfelen aan de waarheid van de te bewijzen feiten, is voor moderne lezers echter niet realistisch en wordt ook niet meer bepleit.

Tegenwoordig wordt in de literatuur algemeen aangenomen dat aan de rechter *een redelijke mate van zekerheid* over het bestaan van de te bewijzen feiten moet zijn verschaft.<sup>42</sup> In de rechtspraak wordt doorgaans als maatstaf gehanteerd of de te bewijzen feiten *in voldoende mate zijn komen vast te staan*. Soms geldt ook als maatstaf dat feiten *aannemelijk* of *voldoende aannemelijk* zijn; op deze aannemelijkheidsmaatstaf zal nader worden ingegaan in paragraaf 5.7.

Dat een bewijswaarderingsmaatstaf als die van Grünebaum niet meer wordt verdedigd, is begrijpelijk. Het belangrijkste argument tegen zo'n hoge bewijswaarderingsmaatstaf is dat de rechter dan slechts zelden het bewijs van een feit geleverd zou kunnen achten.

Alle bewijsbeslissingen zijn immers inherent onzeker, zoals in de vorige paragraaf is uiteengezet; het inductieve karakter van bewijsredeneringen leidt ertoe dat nooit sprake is van een logisch-dwingende conclusie. Bovendien geldt speciaal in de rechterlijke procedure dat de bewijsgegevens onbetrouwbaar of dubbelzinnig kunnen zijn. Misschien heeft een belangrijke getuige niet naar waarheid een verklaring afgelegd of is een brief waarop een partij zich beroept, in werkelijkheid nooit verzonden; wellicht heeft een partij essentiële informatie achtergehouden. Dit

41 A. Grünebaum (1904) p. 146. Vergelijk ook J. Wiarda (1959) p. 210: *een zeer hoge mate van waarschijnlijkheid*; Asser/Anema & Verdam (1953) p. 38: *die mate van zekerheid, die de rechter voor het vonnis als ethisch-juridische daad doet verantwoord zijn*; M.L. Kan (1921) p. 104, *maatschappelijke zekerheid*, of *“welke van beide standpunten het dichtst de waarheid lijkt te naderen”* (p. 134); P. Pet (1890) p. 10, volgens wie het bewijs geleverd is wanneer er sprake is van een zodanige graad van waarschijnlijkheid dat zij praktisch met zekerheid gelijk staat; J. Rombach (1879) p. 77: *de rechter heeft de plicht der zekerheid zoo nabij mogelijk te komen*.

42 H.W.B. thoe Schwartzberg (2008) p. 143; Stein/Rueb (2009) p. 149; Snijders-Klaassen-Meijer (2007) p. 209; M.L. Hendriks en A.W. Jongbloed (red.) (2007) p. 243; I. Giesen (2001) p. 51; W.D.H. Asser (2004) p. 31; K. Wiersma (1966) p. 465; M. Storme (1962) p. 29; A. Pitlo (1950) p. 6; F.G. Scheltema (1934) p. 103. Vergelijk ook J. Rombach (1879) p. 77. Anders Pitlo/Hidma & Rutgers (2004) p. 8, waar te lezen valt dat de civiele rechter de standaard ‘preponderance of evidence’ hanteert.

versterkt het onzekere karakter van de rechterlijke bewijsbeslissing en de rechter zal wel bijna altijd enige twijfel hebben bij de bewijsbeslissing.

Maar ondanks het bestaan van onduidelijkheid of onzekerheid over de bewijsbeslissing brengt de beslissingsgerichtheid van de procedure mee dat er wél altijd een rechterlijke beslissing zal moeten volgen; dit is een gevolg van de procedurele inbedding van de waarheidsvinding (vergelijk paragraaf 4.3).<sup>43</sup> Wanneer de rechter dan bij elk ‘*twijfelen aan de waarheid*’ een negatieve bewijsbeslissing zou nemen, zou dit een benadeling van de positie van de eisende partij – die doorgaans de bewijslast draagt – meebrengen.<sup>44</sup>

Het is om deze reden dat in het Anglo-Amerikaanse recht in civiele zaken de maatstaf van *preponderance of probabilities* geldt, ook wel aangeduid als *proof on the balance of probabilities*. Deze maatstaf houdt in dat het bewijs geleverd is wanneer het méér aannemelijk is dan niet, dat de feiten zich hebben voorgedaan zoals de partij die de bewijslast heeft, stelt.<sup>45</sup> De maatstaf van *preponderance of probabilities* wordt door Anglo-Amerikaanse juristen gezien als een noodzakelijk gevolg van de gelijkheid tussen partijen in de civiele procedure. De bewijslast van een partij zou onredelijk worden verzwaard ten opzichte van de partij die niet de bewijslast heeft, wanneer een te hoge bewijswaarderingsmaatstaf zou gelden.<sup>46</sup>

De maatstaf van *preponderance of probabilities* lijkt een lichtere maatstaf te zijn dan die in het Nederlandse recht en in andere continentale rechtssystemen geldt.<sup>47</sup> Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat in het Nederlandse recht een feit minder snel bewezen is dan in Anglo-Amerikaanse rechtssystemen.<sup>48</sup>

43 Vergelijk voor dit aspect in relatie tot de bewijswaarderingsmaatstaf ook D. Dwyer (2008) p. 71.

44 Vergelijk J. Wiarda (1959) p. 219, onder verwijzing naar R.J. Polak, “*in de civielrechtelijke verhouding is steeds, en dat in principiële tegenstelling tot de strafrechtelijke verhouding, ieder te veel voor de ene partij en te weinig voor de andere partij*”. Zie ook C.A.J. Hartzfeld (1907) p. 141 e.v., die kritisch is over de volgens hem onredelijke bewijspositie waarin een eisende partij zich in het civiele proces bevindt. Zo wordt (volgens Hartzfeld dus ten onrechte) door sommigen beweerd dat het beter is tien schuldenaars een veroordeling te laten ontgaan, dan ‘dat 1 onschuldige of niet-schuldenaar veroordeeld wordt.’

45 Neil Andrews (2003) p. 722-724.

46 Zie bijvoorbeeld Adrian A.S. Zuckerman (1992) p. 249-270, p. 260 e.v. over het verband tussen het gelijkheidsbeginsel en de bewijswaarderingsmaatstaf: “*Since, everything else being equal, plaintiff and defendant are equal before the law, there has to be some special reason why one party should be disadvantaged at the expense of another. In the absence of a good a priori reason for discrimination, the law must show its neutrality by not imposing a greater risk of losing the case on one party than it imposes on the other. (...) The requirement of proof on the balance of probabilities may therefore be taken to be an expression of the law’s neutrality between civil litigants and not an expression of the policy of maximizing correct conclusions.*”

47 Frankrijk en Duitsland kennen een aan het Nederlandse recht vergelijkbare maatstaf. Zie voor rechtsvergelijkende gegevens I. Giesen (2001) p. 54 e.v. en uitvoeriger Heinrich Nagel (1967) p. 83 e.v.

48 Zoals regelmatig wordt aangenomen door Amerikaanse juristen, zie bijvoorbeeld Kevin Clermont & Emily Sherwin (2002). Zij stellen zelfs dat in continentale rechtssystemen de civiele bewijswaar

Het is echter maar de vraag of dat het geval is. Mogelijk leidt de maatstaf van *preponderance of probabilities* in zijn praktische toepassing niet tot wezenlijk andere resultaten dan de maatstaf dat feiten in voldoende mate moeten komen vast te staan.<sup>49</sup> Dit is kennelijk de gedachte geweest van de opstellers van de ALI/Unidroit-principles, die in principle 21.2 de volgende bewijswaarderingsmaatstaf geven:

*“Facts are considered proven when the court is reasonable convinced of their truth.”*

In de toelichting hierop wordt vervolgens gesteld dat deze maatstaf in wezen hetzelfde is als de maatstaf van *preponderance of probabilities*.<sup>50</sup>

De omschrijving van de bewijswaarderingsmaatstaf in principle 21.2 komt dicht in de buurt van de hier geldende maatstaf, dat aan de rechter een redelijke mate van zekerheid over het bestaan van de te bewijzen feiten moet zijn verschaft of dat de te bewijzen feiten in voldoende mate zijn komen vast te staan.

Maar welke mate van waarschijnlijkheid de maatstaf ‘*in voldoende mate komen vast te staan*’ of ‘*een redelijke mate van zekerheid*’ nu precies uitdrukt, is nog niet zo duidelijk. Enerzijds bestaat er consensus dat er in het civiele recht minder zekerheid hoeft te zijn dan in het strafrecht; feiten hoeven niet ‘buiten redelijke twijfel’ vast te staan. Anderzijds lijkt de maatstaf hoger te zijn dan ‘aannemelijkheid’ van de feiten. Hiertussen ligt echter nog aanzienlijke ruimte, terwijl ook de beide grensbepalingen zelf zich niet laten beschrijven.<sup>51</sup> Al met al is het dan ook onzeker hoeveel zekerheid de rechter nodig heeft om tot een positieve bewijsbeslissing te komen.

Dat er weinig duidelijkheid is over de inhoud van de bewijswaarderingsmaatstaf, heeft ook te maken met het feit dat de Hoge Raad de bewijswaardering aan de feitenrechter overlaat, zodat deze in beginsel niet toetsbaar is in cassatie.<sup>52</sup> Nadere aanwijzingen over de inhoud of toepassing van de bewijswaarderingsmaatstaf zijn daarom niet te vinden in de rechtspraak van de Hoge Raad.

deringsmaatstaf gelijk is aan de strafrechtelijke maatstaf. Zie voor een kritische bespreking van Clermont & Sherwin, Michele Taruffo (2003). Vergelijk ook Christoph Engel (2008) en Dagmar Dreymüller (2000) p. 125 e.v.

49 De bewijswaarderingsmaatstaf kan niet los worden gezien van andere bewijsrechtelijke leerstukken die in de verschillende landen aanzienlijk verschillen vertonen en waarvan de invloed zich doet gelden bij de bewijsbeslissing. Zo is er in het Anglo-Amerikaanse recht een uitgebreid stelsel van regels die bepalen welke bewijsmiddelen mogen worden toegelaten in de procedure; in de meeste continentale rechtssystemen zijn in beginsel alle bewijsmiddelen toelaatbaar. Ook kan niet worden geabstraheerd van het materiële recht, dat eveneens van invloed is op het bewijsrecht.

50 Ook W.D.H. Asser (2010) p. 44, stelt dat de maatstaf van *balance of probabilities* ‘in wezen niet anders is’ dan de Nederlandse maatstaf van ‘een redelijke mate van zekerheid’.

51 Vergelijk ook W.D.H. Asser (2004) p. 35.

52 In beginsel, omdat motiveringsklachten tegen de bewijswaardering wel mogelijk zijn. Zie bijvoorbeeld HR 20 november 1998, NJ 1999, 85; HR 16 oktober 1998, NJ 1999, 7; HR 4 juni 1993, NJ 1993, 695. Zie over laatstgenoemd arrest uitvoerig H.W. Wiersma (2010) p. 473-475.

Door sommige auteurs wordt aangenomen dat er geen vaste maatstaf voor de bewijswaardering is, waardoor de vraag naar de bewijswaarderingsmaatstaf zich niet laat beantwoorden. Zie in deze zin bijvoorbeeld Asser:

*“De waardering door de rechter van het bewijs zal niet los gezien kunnen worden van de aard van het geschil en het gewicht van de daarbij betrokken wederzijdse belangen enerzijds en de aard van het geding anderzijds. Men zij er dus op bedacht dat als het gaat om bijv. het bewijs van feiten waarvan de rechtsgevolgen diep ingrijpen in fundamentele rechten van de wederpartij (bijv. zijn huisvesting of arbeidsverhouding) de rechter geneigd zal kunnen zijn zwaardere eisen aan de intrinsieke waarde van het bewijs te stellen dan in andere zaken. (...) Ten aanzien van bepaalde onderdelen van het geschil (bijvoorbeeld de hoogte van de schade) zal de rechter eerder tevreden met weinig bewijsmateriaal zijn dan ten aanzien van de primaire vraag van de aansprakelijkheid. De aan bewijs te stellen eisen en de wijze waarop de rechter het bewijs waardeert vallen dus in het algemeen niet nader te bepalen.”*<sup>53</sup>

Volgens Asser, en sommigen onderschrijven zijn standpunt,<sup>54</sup> is er dus niet één maatstaf voor de bewijswaardering; alles hangt af van de omstandigheden van het geval.

Niet zo duidelijk is echter welke omstandigheden van het geval nu precies een rol spelen of met welke aspecten – en waarom – de rechter in een concreet geval rekening moet houden. Genoemd worden ‘de aard van het geschil’, ‘het gewicht van de betrokken belangen’ en ‘de aard van het geding’. Met dat laatste zal worden bedoeld op de vraag of sprake is van een bodemprocedure of een kort geding. Inderdaad gelden in een kort geding procedure minder hoge eisen aan de bewijsoverlevering, omdat daar geen ruimte is voor een bewijsincident, zoals een getuigenverhoor of een deskundigenbericht. Er is dus geen sprake van een bewijsbeslissing in eigenlijke zin, waarmee ook de toetsing aan enige bewijswaarderingsmaatstaf evenmin aan de orde is. De rechter moet volstaan met een oneigenlijke bewijsbeslissing (vergelijk paragraaf 1.5.2) en zal zich beperken tot de vraag of bepaalde stellingen voldoende gemotiveerd en onderbouwd zijn dan wel of deze stellingen voldoende gemotiveerd zijn betwist.

Maar hoe *het gewicht van het betrokken belang* een rol speelt bij de bewijswaarderingsmaatstaf, is minder duidelijk. Enerzijds kan men stellen dat een groot belang een hoge maatstaf rechtvaardigt: de rechter mag niet te snel een hoge schadevergoeding toekennen of andere ingrijpende beslissingen nemen. Te verdedigen is dat hoe ingrijpender de beslissing is en hoe groter het betrokken belang, des te hoger de bewijswaarderingsmaatstaf ligt.<sup>55</sup> Anderzijds blijkt uit de rechtspraak dat een

53 W.D.H. Asser (1995) p. 37-38. Ook Asser/Anema & Verdam lijkt een variabele maatstaf te bepleiten.

54 Stein/Rueb (2009) p. 149, gaat uit van een min of meer variabele maatstaf. Idem Snijders-Klaassen-Meijer (2007) p. 209-210. Zie voorts Gerhard Walter (1979).

55 Zie in deze zin bijvoorbeeld H.W.B. thoe Schwartzberg (2008) p. 143-144.



groot belang, bijvoorbeeld bij letselschade, ook juist kan billijken dat níet te hoge eisen worden gesteld aan de bewijslevering.<sup>56</sup> Zo mogen aan het bewijs van causaal verband tussen een ongeval en gezondheidsklachten in verband met een mogelijke whiplash, niet te hoge eisen worden gesteld.<sup>57</sup> Ook aan het bewijs van de hoogte van toekomstige schade, los van de vraag hoe omvangrijk die schade is, mogen niet te hoge eisen worden gesteld.<sup>58</sup> Voor het bepalen van de omvang van schade geeft de wet bovendien de mogelijkheid dat deze geschat (en niet bewezen) wordt (art. 6:97 BW). Het is dan ook maar de vraag welke richting ‘het gewicht van de betrokken belangen’ nu eigenlijk opwijst bij een invulling van de bewijswaarderingsmaatstaf.

Ook voor *de aard van het geschil* is niet duidelijk hoe dit precies zijn weerslag in de bewijswaarderingsmaatstaf zou moeten krijgen. Wellicht geldt bij zaken die zich in de familiesfeer afspelen, bijvoorbeeld verdelingszaken, een lichtere maatstaf? Geldt bij aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad een hogere maatstaf voor de bewijswaardering dan bij verbintenissen uit overeenkomst? Het is moeilijk hier zicht op te krijgen en een nadere uitwerking – anders dan een opsomming van verschillende gevallen die zich in de rechtspraak hebben voorgedaan – is in de literatuur ook niet te vinden. Al met al is het concept van een variabele bewijswaarderingsmaatstaf weinig bevredigend.

### 5.5 Een gekwantificeerde bewijswaarderingsmaatstaf?

Sommige auteurs hebben geprobeerd een kwantitatieve uitdrukking te geven aan de bewijswaarderingsmaatstaf. Het gaat er dan om in een bepaald percentage weer te geven, wat de mate van rechterlijke overtuiging bij de bewijsbeslissing zou moeten zijn. Hieraan is met name aandacht besteed in het kader van de vraag hoeveel zekerheid de strafrechtelijke maatstaf (*beyond a reasonable doubt*) vereist.<sup>59</sup>

In de Nederlandse literatuur heeft Giesen voorgesteld de aannemelijkheidsmaatstaf te stellen op een percentage van meer dan 50% waarschijnlijkheid en de gebruikelijke civiele maatstaf van een redelijke mate van zekerheid op meer dan 75% waarschijnlijkheid.<sup>60</sup> De strafrechtelijke maatstaf, dat feiten buiten redelijke twijfel moeten zijn, stelt Giesen op ongeveer 90%.<sup>61</sup>

56 Zoals de zaak waarin schadevergoeding werd gevorderd wegens incest, HR 17 november 1995, NJ 1996, 666 m.nt. JdB.

57 HR 8 juni 2001, NJ 2001, 433.

58 HR 15 mei 1998, NJ 1998, 624.

59 Hieruit resulteerden percentages van tussen de 75 en 90%. Zie voor literatuurverwijzingen H.O. Kerkmeester (2004) p. 122. Andere percentages, afkomstig van Harry D. Saunders (2005), variëren tussen de 30 en 100%. Vergelijk ook Larry Laudan (2006) p. 47.

60 Tussen de 50% en 75% ligt het gebied dat beslagen wordt door regels van bewijslastverdeling, want alleen in dat bereik kan zich een situatie van ‘non liquet’ voordoen, aldus Giesen.

61 I. Giesen (2001) p. 59 en (1999).

Om na te gaan of het zinvol is om op deze weg door te denken, moet de vraag worden beantwoord of het *mogelijk* is om een kwantitatieve uitdrukking te geven aan de vereiste mate van zekerheid van een rechterlijke bewijsbeslissing. Maar aan die vraag gaat vooraf wat eigenlijk precies wordt uitgedrukt met een ‘percentage van waarschijnlijkheid’ van de bewijsbeslissing. Wat betekent het, dat de rechter het voor 75% waarschijnlijk acht dat tussen partijen A en B een overeenkomst tot stand is gekomen?

In de eerste plaats valt vast te stellen dat het niet gaat om een *frequentistische of empirische kansbepaling*. Bij een frequentistische kansbepaling wordt een *kansverdeling* gemaakt: aan de hand van een experiment wordt vastgesteld hoe groot de kans is dat een bepaalde gebeurtenis zich voordoet. Bijvoorbeeld: de kans dat een patiënt met koorts en keelpijn aan een keelontsteking lijdt, is 50%; daar tegenover staat een kans van 50% dat een patiënt met koorts en keelpijn géén keelontsteking heeft. Deze kansverdeling is vast te stellen door een experiment uit te voeren en te onderzoeken hoe vaak een patiënt met koorts en keelpijn, keelontsteking blijkt te hebben.

Alleen al omdat ieder geval waarover de rechter moet oordelen, uniek en niet-herhaalbaar is, kan de bewijsbeslissing niet als een frequentistische kansbepaling worden beschouwd.<sup>62</sup> Het is niet mogelijk om aan te geven hoe groot de kans is dat (telkens) wanneer de rechter beslist dat tussen partij A en B een overeenkomst tot stand is gekomen, ook *in werkelijkheid* een overeenkomst tussen A en B tot stand is gekomen, alleen al omdat het níet zo is dat na afloop van de juridische procedure blijkt wat de werkelijke gang van zaken is geweest.<sup>63</sup> Er is geen lat waarlangs de beslissing van de rechter kan worden gelegd.

Evenmin is sprake van een *mathematische kansbepaling*, waarbij aan de hand van een vooraf gegeven aantal mogelijkheden en een eveneens vooraf gegeven frequentie van die mogelijkheden, wordt aangegeven wat de kans op een bepaalde gebeurtenis is. Zo is de kans op het gooien van een zes met een zuiver zeskantige dobbelsteen op een vlakke ondergrond, 1/6 of 16,7%. De bewijsbeslissing laat zich echter ook niet met het gooien van een dobbelsteen vergelijken:<sup>64</sup> er is geen sprake van een vooraf bepaald aantal mogelijkheden en evenmin van een gegeven frequen-

62 Bij sommige rechterlijke beslissingen kunnen frequentistische gegevens wel een rol spelen, bijvoorbeeld bij het vaststellen van indirecte discriminatie of bij causaliteitskwesties.

63 In het strafrecht zijn er voorbeelden waarin dit wél het geval was. Deze zaken bieden dan ook een unieke kans voor de rechter om kritisch te reflecteren op de daar genomen bewijsbeslissingen.

64 Rabelais voerde in zijn *Pantagruel* rechter Bridoye op, die rechtszaken besliste met behulp van dobbelstenen: grote voor overzichtelijke kwesties en kleine voor omvangrijke zaken. Zie François Rabelais (1532), *Gargantua en Pantagruel* (Nederlandse vertaling 1980), Derde Boek, Hoofdstuk XXXIX.

tie van die mogelijkheden.<sup>65</sup> De rechter kan niet zeggen: als A stelt dat hij een overeenkomst heeft met B, is dat in 75% van de gevallen waar en dus het is 75% waarschijnlijk dat sprake is van een overeenkomst tussen A en B.

Een andere mogelijkheid zou kunnen zijn om de waarschijnlijkheid van een rechterlijke bewijsbeslissing uit te drukken aan de hand van een *subjectieve kansbepaling*. Bij het bepalen van een subjectieve kans gaat het erom de mate van waarschijnlijkheid van het plaatsvinden van één enkele gebeurtenis te bepalen.<sup>66</sup> Hiervoor wordt de Bayesiaanse kansberekening gebruikt. Anders dan de traditionele statistiek, biedt de Bayesiaanse statistiek namelijk een model waarmee de waarschijnlijkheid van één bepaalde hypothese – in casu de door een partij te bewijzen feiten – of overtuiging daarover kan worden bepaald.

Een eenvoudige weergave van de theorie van Bayes houdt in: de waarschijnlijkheid van een hypothese (dat is: de kans dat een bepaalde hypothese juist is) wordt bepaald door de oorspronkelijke inschatting van de waarschijnlijkheid van die hypothese (de a-priori kansbepaling, of wel de prior), vermenigvuldigd met de kans dat een bepaald bewijsmiddel de waarschijnlijkheid van de hypothese bevestigt of juist ontkracht.

Het bepalen van de kans dat een bewijsmiddel de waarschijnlijkheid van de hypothese bevestigt of ontkracht, komt neer op het beantwoorden van de vraag hoe groot de kans is dat het bewijsmiddel inderdaad iets zegt over de juistheid van de hypothese. Dit wordt meestal omschreven als de *diagnostische waarde* van het bewijsmiddel, dat wil zeggen de mathematische expressie van de bewijskracht van het bewijsmiddel.<sup>67</sup> De diagnostische waarde drukt daarmee in een getal uit – op een schaal van 0 tot oneindig – welke bewijskracht aan een bepaald bewijsmiddel is toe te kennen. De diagnostische waarde van een DNA-match is bijvoorbeeld 1 miljard; die van een leugendetector 1.9.<sup>68</sup> De diagnostische waarde zegt dus iets over de *kwaliteit* van het bewijsmiddel of, in medische termen, over het ‘*level of evidence*’.

Een fundamenteel probleem in het civiele recht, en gedeeltelijk ook in het strafrecht, is echter dat de diagnostische waarde van bewijsmiddelen in het algemeen niet is vast te stellen.<sup>69</sup> Er is geen methode om vast te stellen wat bijvoorbeeld de diagnostische waarde is van een getuigenverklaring. Hierbij moet worden bedacht dat aan het vaststellen van een diagnostische waarde altijd een frequentistische

65 Vergelijk Charles Nesson (1985) p. 1361, die uitlegt dat het geven van een bewijsbeslissing niet gelijk is te stellen met een uitspraak over de waarschijnlijkheid dat uit een pak kaarten een heer zal worden getrokken (maar wel met de uitspraak dat een uit een pak kaarten getrokken kaart, waarvan een glimp is opgevangen, waarschijnlijk een heer is).

66 A.P.A. Broeders (2001) p. 211.

67 W.A. Wagenaar (2005) p. 10.

68 Voorbeelden ontleend aan W.A. Wagenaar (2005) p. 18.

69 Er zijn uitzonderingen denkbaar. Zo is wel de diagnostische waarde vast te stellen van een DNA-vaderschapstest en mogelijk ook van schriftexpertise, die soms gebruikt wordt om vast te stellen of een handtekening vervalst is.

kansbepaling ten grondslag ligt. Bijvoorbeeld: de diagnostische waarde van een geurproef is bepaald door te meten in welk deel van de onderzochte gevallen een positieve geurproef een terechte match geeft. Maar het is onmogelijk om vast te stellen in welk deel van de gevallen getuigenverklaringen met inhoud X, inderdaad iets zeggen over de juistheid van X. Hetzelfde geldt voor schriftelijke bewijsmiddelen en deskundigenberichten: het is niet mogelijk om daaraan een diagnostische waarde toe te kennen. De kwaliteit van de ‘grondstof’ voor de rechterlijke bewijsbeslissing is in het civiele recht dus niet te kwantificeren.<sup>70</sup>

Daarnaast is er nog het probleem van de a priori-kansbepaling van de waarschijnlijkheid van de te testen hypothese, dat wil zeggen de veronderstelling die de rechter bij aanvang van de procedure heeft over de waarschijnlijkheid van het te bewijzen feit. Toepassing van de Bayesiaanse statistiek vereist een getalsmatige bepaling van die prior. In het civiele recht zou deze kans op 50% moeten worden gesteld, dus de kans op kop of munt bij het gooien van een muntje. Want vanwege de gelijkheid van partijen moet ervan worden uitgegaan dat het door de ene partij gestelde feit, even waarschijnlijk is als de ontkenning van dat feit door de wederpartij.<sup>71</sup> Maar het is aannemelijk dat in de loop van de procedure de rechter die kans al bijstelt ten gunste van de ene of de andere partij, waarmee de rechter bij bijvoorbeeld het horen van getuigen de prior hoger of lager heeft gesteld dan 50%. Ook hier rijst dan de vraag: hoe zou die prior getalsmatig moeten worden ingevuld?

Uit het voorgaande volgt dat ook met gebruik van de Bayesiaanse kansberekening, het niet mogelijk is om een getalsmatige waarschijnlijkheid van een rechterlijke bewijsbeslissing te bepalen. Daaruit volgt overigens niet dat, op een meer abstract niveau, inzicht in het Bayesiaanse redeneren niet zinvol zou zijn voor het civiele bewijsrecht. Dat is wel degelijk het geval, omdat het inzichtelijk maakt welke invloed een bewijsmiddel kan hebben op een te nemen bewijsbeslissing. Maar hier gaat het erom dat ook met behulp van de Bayesiaanse kansberekening geen kwantitatieve invulling kan worden gegeven aan de waarschijnlijkheid van een rechterlijke bewijsbeslissing.

Hiermee blijft over de mogelijkheid dat een in een percentage uitgedrukte mate van waarschijnlijkheid van de rechterlijke bewijsbeslissing, een bepaalde *intuïtie* van de rechter over het bereikte niveau van waarschijnlijkheid weergeeft. Zo zou een grote mate van waarschijnlijkheid, grenzend aan zekerheid, overeenkomen met een percentage van 99%; zou een situatie van misschien wel/misschien niet, een

70 Voorstelbaar is dat op deelvragen gebruik wordt gemaakt van waarschijnlijkheidsberekeningen, bijvoorbeeld bij het begroten van toekomstige schade, het vaststellen van een proportionele schadeverdeling of als hulpmiddel bij het vaststellen van causaal verband in aansprakelijkheidszaken. Bij dat laatste is echter van belang dat een causaliteitsoordeel in sterke mate *normatief* van aard is, zodat alleen al daarom statistiek daar een ondergeschikte rol speelt.

71 Vergelijk hierover W.H. van Boom (2004) p. 42-43. Zie ook Richard A. Posner (1999) p. 40. Voor het strafrecht wordt verdedigd dat de rechter de prior hoger mag stellen. Zie over deze problematiek H.O. Kerkmeester (2005) p. 116 e.v.

percentage van 50% zijn en een percentage van 75% iets daartussenin. Het is aannemelijk dat dit de bedoeling is van Giesen, die aan het begin van deze paragraaf ter sprake kwam: het kwantificeren van een gevoelsmatige inschatting van de rechter over de bereikte mate van waarschijnlijkheid. Aan deze benadering kleeft echter een belangrijk probleem.

Dat probleem is dat het kwantificeren van een bepaalde inschatting van de waarschijnlijkheid van een hypothese, uiterst subjectief is. Dit kwam naar voren in een onderzoek waarin aan artsen werd gevraagd welk percentage zij zouden toekennen aan bepaalde bewoordingen, zoals ‘heel erg’ zeker of ‘behoorlijk’ zeker of ‘een beetje’ zeker.<sup>72</sup> Er bleken grote verschillen te zitten tussen de toegekende percentages. Uitgaande van een in woorden uitgedrukte zelfde mate van waarschijnlijkheid, kan de ene persoon daaraan een percentage van 60% en een andere persoon daaraan een percentage van 80% waarschijnlijkheid toekennen.<sup>73</sup>

Hierbij komt, en ook dat is een subjectiviteitsprobleem, dat het uiterst moeilijk, zo niet onmogelijk, is om vast te stellen óf sprake is van een zelfde mate van inschatting van de waarschijnlijkheid van een bepaald feit. Een rechter kan menen dat de verklaring van een getuige hoogstwaarschijnlijk waarheidsgetrouw is en een andere rechter kan eveneens menen dat de verklaring hoogstwaarschijnlijk waarheidsgetrouw is, maar hebben de rechters het over dezelfde mate van waarschijnlijkheid? Dit is moeilijk of zelfs niet vast te stellen, ook niet wanneer beide rechters aan hun overtuiging een percentage van waarschijnlijkheid toekennen. Ook het kwantificeren van een bepaalde mate van intuïtieve weg is dus geen begaanbare weg, een weg die leidt tot een duidelijker invulling, tot een objectivering, van de bewijswaarderingsmaatstaf.<sup>74</sup>

## 5.6 Een intersubjectieve bewijswaarderingsmaatstaf

In de vorige paragraaf bleek dat het niet mogelijk is om de bewijswaarderingsmaatstaf kwantitatief te bepalen. Wanneer we zeggen dat de rechter voor minstens 70% overtuigd is van de waarschijnlijkheid van de te bewijzen feiten, is dit op zijn best een uitdrukking van de intuïtieve overtuiging van de rechter. Het verheldert niet wanneer of waarom de rechter een feit bewezen vindt.

Maar ditzelfde probleem treft in feite iedere bewijswaarderingsmaatstaf die het bewezen zijn van een feit voor de rechter koppelt aan een bereikte mate van

<sup>72</sup> J.A.H. Eekhof, S.S.L. Mol en J.C. Pielage (1992).

<sup>73</sup> Vergelijk soortgelijke gegevens als uitkomst van een in 1970 uitgevoerd onderzoek onder Engelse rechters en juryleden, waarover Larry Laudan (2006) p. 47, waarbij er aanzienlijke verschillen waren tussen de opgegeven percentages die de bewijssandaard ‘*beyond a reasonable doubt*’ zou uitdrukken.

<sup>74</sup> Zie voor dezelfde conclusie onder meer Michele Taruffo (2003) p. 670-671; Anderson, Schum en Twining (2005) p. 247.

rechterlijke overtuiging.<sup>75</sup> Het is uiteindelijk een nietszeggende maatstaf, omdat niet wordt aangegeven *wanneer* de rechter zich overtuigd kan of moet achten. Laudan schrijft hierover het volgende (met betrekking tot de ‘*beyond reasonable doubt*’ bewijsstandaard in het Amerikaanse strafrecht):

*“A standard of proof – in every area in which proof is called for outside the law (including natural science, clinical trials in medicine, mathematics, epidemiological studies, and so on) – is meant to tell the investigator or inquirer when she is entitled to regard something as proved, that is, when the relation of the evidence or the premises to the sought conclusion warrants the acceptance of the conclusion as proven for the purposes at hand. In the criminal law, by contrast, that issue is either wholly ignored or shamelessly finessed. Instead of specifying that the juror’s level of confidence in guilt should depend on whether a robust proof has been offered, the criminal law makes the standard of proof parasitic of the inquirer’s level of confidence in the defendant’s guilt. We have a proof, says the law, so long as jurors are strongly persuaded of the guilt of the accused (...). Never mind how they arrived at their high confidence, we have a proof. This gets things precisely backwards.”*<sup>76</sup>

Met andere woorden, de maatstaf zegt dat een feit bewezen is, wanneer de jury (de rechter) de overtuiging van dat feit heeft verkregen.

De observatie van Laudan geldt ook voor de Nederlandse bewijswaarderingsmaatstaf, of die nu luidt ‘een redelijke mate van zekerheid’, ‘voldoende aannemelijk zijn’ of ‘in voldoende mate komen vast te staan’.<sup>77</sup> Onbeantwoord is namelijk is de vraag *wanneer* of onder welke voorwaarden, de rechter kan vaststellen dat sprake is van een redelijke mate van zekerheid of van voldoende aannemelijkheid.<sup>78</sup>

Het doel zal dan ook moeten zijn om een *inhoudelijke* invulling te geven aan de bewijswaarderingsmaatstaf, zodat inzichtelijk gemaakt kan worden wanneer de rechter een feit bewezen kan en moet achten.<sup>79</sup> Daarbij gaat het er niet om dat elk subjectief element of elk element van interpretatie van de bewijsmiddelen van

75 Idem voor het bestuursrecht R.J.N. Schlössels (2010) p. 486.

76 Larry Laudan (2006) p. 79.

77 Dit is in de kern dezelfde kritiek als die van Rupert Schreiber (1968) p. 4 e.v., op ‘*die Evidenz*’ als waarheidscriterium. Ook hij bepleit een intersubjectief criterium.

78 Vergelijk voor het bestuursrecht ook R.J.N. Schlössels (2010) p. 486: “*bewijswaardering is ondenkbaar zonder dat de rechter kenbare en verdedigbare maatstaven betreffende zekerheid (bewijsstandaarden) aanlegt.*”

79 Voor een inhoudelijke omschrijving van de *beyond reasonable doubt*-maatstaf verwijst Larry Laudan (2006) p. 62, onder meer naar een voorstel van Ron Allen: “*If the prosecutor’s story about the crime is plausible and you can conceive of no plausible story that leaves the defendant innocent, then convict. Otherwise, acquit.*”. Vergelijk voor het Nederlandse strafrecht J.F. Nijboer (2008) p. 79: *de rechter mag iets voor juist houden wanneer iets buiten redelijke twijfel uit de bewijsmiddelen voortvloeit, terwijl alleen uiterst onwaarschijnlijke mogelijkheden buiten beschouwing mogen worden gelaten.*

tafel zou zijn. Wel moet worden verhelderd wat bedoeld wordt met een bepaalde mate van rechterlijke overtuiging, met andere woorden het intersubjectief maken van de bewijswaarderingsmaatstaf. Alleen dan kan duidelijk worden gemaakt waarom de rechter het bewijs van een feit wel of niet geleverd acht. Deze zelfde norm geldt voor alle andere rechterlijke beslissingen: die moeten zodanig gemotiveerd zijn, dat inzichtelijk is op welke gronden de rechter de beslissing heeft genomen.<sup>80</sup>

Voor het inzichtelijk maken van de bewijswaarderingsmaatstaf is het nuttig opnieuw een vergelijking te maken met de medische bewijsbeslissing, dat is de door een arts gestelde diagnose. Daaruit is namelijk af te leiden welke ijkpunten kunnen worden onderscheiden bij het nemen van een verantwoorde bewijsbeslissing.<sup>81</sup>

### 5.6.1 *Relevantie van het bewijsmiddel*

Wanneer een patiënt bij de huisarts komt met misselijkheidsklachten, zal dat aanleiding zijn voor de arts om te beginnen met een zeer grofmazige scheiding van mogelijke diagnoses, namelijk tussen diagnoses waarbij misselijkheidsklachten wél en diagnoses waarvoor misselijkheidsklachten niet aan de orde zijn. Daarmee verdwijnt een aantal opties uit beeld en blijft een aantal andere over. Op basis van de inhoud van het bewijsmiddel, dat is de misselijkheidsklacht, wordt als het ware een eerste denkrichting gekozen, waarbij het erom gaat of het bewijsmiddel *mogelijk* iets zegt over een te stellen diagnose. Als dat niet het geval is, wordt die diagnose weggestreept.

De manier waarop de rechter te werk gaat, laat zich hier in zoverre mee vergelijken, dat ook de rechter begint met na te gaan of het bewijsmiddel iets *kan* zeggen over het te bewijzen feit. Een bewijsmiddel dat daaraan niet voldoet, is niet bruikbaar voor de bewijsbeslissing en zal terzijde worden gelaten. Zo zal uit de verklaring van een getuige dat het rustig was op straat, niets kunnen worden afgeleid over het feit of partij X niet meer dan de toegestane snelheid reed, zodat de rechter die verklaring terzijde zal laten.

In feite betreft het hier de toetsing van de vraag of het bewijsmiddel relevant is voor het te bewijzen feit: is het mogelijk om het te bewijzen feit, direct of indirect, uit het bewijsmiddel af te leiden. Een eerste ijkpunt bij de bewijswaardering is daarmee de *relevantie van het bewijsmiddel*. In de praktijk worden door een toetsing aan dit ijkpunt al veel bewijsmiddelen terzijde geschoven. Deze spelen geen rol van betekenis meer bij de bewijsbeslissing. Hierbij speelt mee dat het

80 Zie onder meer HR 17 november 2006, NJ 2006, 621; HR 9 juni 2006, NJ 2006, 327; HR 1 november 2002, NJ 2005, 281; HR 29 juni 2001, NJ 2001, 495; HR 16 oktober 1998, NJ 1999, 7.

81 De hierna te bespreken ijkpunten zijn gedeeltelijk ontleend aan David A. Schum (2004), die als de centrale begrippen bij de waardering van bewijs noemt *relevance*, *credibility* en *probative force*.

te bewijzen feit doorgaans nauwkeurig is omschreven; de door een partij bijgebrachte bewijsmiddelen zijn daarop dan niet precies genoeg toegesneden.

### 5.6.2 *Kwaliteit van het bewijsmiddel*

Het is duidelijk dat de arts niet in staat is om enkel op basis van misselijkheidsklachten een diagnose te stellen. Een van de redenen daarvoor is dat het bewijsmiddel ‘misselijkheidsklachten’, van lage kwaliteit is. De door de patiënt zelf ervaren mate van misselijkheid is diffuus en subjectief, waardoor daaraan nauwelijks een conclusie te verbinden is. Dit in tegenstelling tot bijvoorbeeld de resultaten van een bloedonderzoek, waaruit een tekort aan witte bloedlichaampjes blijkt en dat als bewijsmiddel meer kwaliteit heeft.<sup>82</sup> Nog meer kwaliteit heeft bijvoorbeeld een echo, waarmee is vast te stellen of sprake is van specifieke afwijkingen aan een bepaald orgaan. De arts maakt dus een inschatting van de kwaliteit van het bewijsmiddel.

Op een vergelijkbare wijze maakt de rechter een inschatting van de kwaliteit van de bewijsmiddelen. Wanneer een partij moet bewijzen dat haar een ondeugdelijke machine is geleverd, zal de rechter niet erg onder de indruk zijn van een mondelinge verklaring van een getuige dat de machine ondeugdelijk is. Liever heeft de rechter een klachtbrief, waarin precies is aangegeven wat er niet goed werkt aan de machine. En nog beter is een rapport van een deskundige, waarin gemotiveerd is aangegeven dat de machine ondeugdelijk is.

Het mag zo zijn dat formeel alle bewijsmiddelen op gelijke voet staan, nu het recht geen hiërarchie van bewijsmiddelen meer kent. Formeel gesproken zou een getuigenverklaring daarmee in beginsel dezelfde kwaliteit hebben als een schriftelijk bewijsmiddel of een deskundigenbericht. Maar in de praktijk differentieert de rechter bewijsmiddelen wel degelijk naar kwaliteit. Zo zal de rechter in het algemeen liever te maken hebben met schriftelijk bewijs dan met getuigenbewijs. De reden daarvoor is dat het uiterst lastig is de waarheidsgetrouwheid van een getuigenverklaring vast te stellen. Daardoor is het niet eenvoudig om te bepalen welke bewijskracht aan een getuigenverklaring kan worden toegekend. Op deze problematiek zal nader worden ingegaan in hoofdstuk 6.

Voor schriftelijke stukken is de vraag naar de waarheidsgetrouwheid in het algemeen veel minder problematisch, waarmee het ook eenvoudiger is te bepalen welke bewijskracht daaraan kan worden toegekend. Niet alleen omdat de wet voor aktes al bepaalt dat daaraan dwingende bewijskracht toekomt, zodat de rechter, behoudens tegenbewijs, moet uitgaan van de juistheid daarvan. Maar ook bij andere schriftelijke stukken zal de rechter in het algemeen geneigd hieraan meer bewijs-

82 Dat wil niet zeggen dat dit gegeven ondubbelzinnig te interpreteren is, maar slechts dat het (iets) meer zegt dan enkel de rapportage van misselijkheidsklachten.



kracht toe te kennen dan aan een mondelinge verklaring.<sup>83</sup> Zolang er geen duidelijke aanwijzing is dat het schriftelijke stuk vervalst is, zal de rechter vertrouwen op het schriftelijke bewijsmiddel.

Dat schriftelijk bewijs de voorkeur heeft boven getuigenverklaringen, geldt al sinds enkele eeuwen.<sup>84</sup> Het komt naar voren in het oude adagium '*lettres passent témoins*'.<sup>85</sup> Het geschreven woord telt nu eenmaal zwaarder dan het gesproken woord, wellicht ook omdat de lezer, de rechter, het idee heeft bij de lezing van een geschreven stuk meer op de eigen waarneming af te kunnen gaan en minder afhankelijk te zijn van de waarneming van anderen.

Boven het schriftelijke bewijsmiddel staat het deskundigenbericht: dit zou naar hedendaagse maatstaven als de 'koningin' van het bewijs kunnen worden getypeerd. Het deskundigenbewijs zal aan de orde komen in hoofdstuk 7.

Maar ook binnen een bepaalde groep van bewijsmiddelen kan weer gedifferentieerd worden naar kwaliteit. Een rapport van een gespecialiseerde deskundige zal hoger worden aangeslagen dan het rapport van een deskundige die minder expertise heeft op het betreffende terrein. Evenmin zal de rechter aan getuigenverklaringen steeds dezelfde kwaliteit toekennen. Ook hier is differentiatie geboden, afhankelijk van de wijze waarop de getuige zijn waarneming of kennis heeft verkregen, zijn deskundigheid over het onderwerp waarover hij verklaart en zijn mate van betrokkenheid bij partijen of het geschil. Zie hierover nader paragraaf 6.6.3.

De *kwaliteit van het bewijsmiddel* is dan ook aan te merken als een tweede ijkpunt bij de bewijswaardering.

### 5.6.3 Reikwijdte van de bewijsmiddelen

Voor het volgende ijkpunt kan opnieuw gebruik gemaakt worden van het medische voorbeeld. Een andere reden dat de arts uitsluitend op basis van misselijkheidsklachten van de patiënt geen diagnose kan stellen, is dat deze klacht bij veel verschillende diagnoses past. Het is dan ook noodzakelijk om meer informatie, meer bewijs, te verkrijgen. Wanneer bekend is dat de patiënt én misselijk is én koorts heeft én kortademig is, heeft de arts al veel meer materiaal in handen om tot een inschatting te komen van wat er aan de hand is met de patiënt. Hoe meer informatie beschikbaar is, hoe betrouwbaarder de diagnose dus wordt. Van belang voor een verant-

83 H. Nagel (1967) p. 323, verwijst hier naar het spreekwoord '*Wat schriwt – bliwt*', wie schrijft die blijft.

84 H. Nagel (1967) p. 323 en B.J. Shapiro (2000) p. 12, over de situatie in het 17e eeuwse Engeland.

85 Afkomstig uit de Ordonnantie van Moulins van 1667. Het adagium deed in Noord-West Europa opgang sinds de 16e eeuw, zie Fred Stevens (2000). Zie voorts Heinrich Nagel (1967) p. 239 e.v.; Jean-Philippe Lévy (1965) p. 51 e.v.; John Gillissen (1965) p. 820 e.v.; R. van Boneval Faure (1896) p. 4 e.v. en J.F. Engelbrecht (1887) p. 6 e.v. Eerder gold vanwege het onbetrouwbare karakter van de destijds bestaande schriftelijke bewijsmiddelen juist '*témoins passent lettres*'. Zie over dat laatste adagium Henri Lévy-Bruhl (1964) p. 121-122.

woorde bewijsbeslissing, is daarmee de omvang van de verschillende bewijsmiddelen.<sup>86</sup>

Dit geldt ook voor de rechterlijke bewijsbeslissing. Hoe meer verschillende bewijsmiddelen beschikbaar zijn, hoe beter de rechter een inschatting kan maken van de waarschijnlijkheid van het te bewijzen feit. De *omvang* of *reikwijdte* van de *bewijsmiddelen* is derhalve een derde ijkpunt bij de bewijswaardering.

Bij de omvang of reikwijdte van de bewijsmiddelen gaat het niet louter om de kwantiteit. Acht identieke getuigenverklaringen zullen in het algemeen niet meer gewicht in de schaal leggen dan twee van die verklaringen. Het gaat om het bewijsterrein dat bestreken wordt door de bewijsmiddelen. Als er én getuigenverklaringen zijn dat een auto meer dan de toegestane snelheid van 80 km per uur reed én er is technisch bewijs dat op het moment van de aanrijding de snelheid rond de 100 km per uur was, dan is er meer grond voor de bewijsbeslissing dat meer dan 80 km per uur is gereden, dan wanneer uitsluitend sprake is van getuigenverklaringen.

Een probleem hierbij is dat niet duidelijk is afgebakend hoe groot het terrein is dat door het bewijsmateriaal bestreken moet zijn of in welke omvang bewijsmiddelen aanwezig moeten zijn – wat overigens ook geldt voor de medische bewijsbeslissing. Zoals hiervoor in paragraaf 5.3 werd besproken, is het immers inherent aan inductieve bewijsredeneringen, zoals die van de rechter, dat het bewijsmateriaal incompleet en onbepaald is. Daarom zal de reikwijdte van het bewijsmateriaal nooit volledig zijn.

Maar de tegengestelde situatie, het *onvolledig* zijn van het bewijsmateriaal, het ontbreken van bepaald bewijsmateriaal, is wél een belangrijk gezichtspunt.

In veel gevallen zal de rechter namelijk een bepaald verwachtingspatroon hebben over wat in het concrete geval aan bewijsmateriaal aanwezig moet zijn. Wanneer een partij bijvoorbeeld moet bewijzen dat hij letselschade heeft opgelopen omdat zijn wederpartij hem een klap heeft verkocht, zal de rechter waarschijnlijk geen genoegen nemen met een verklaring van een getuige dat sprake is van letselschade. Normaal gesproken gaat iemand met letselschade naar een arts, zodat als bewijsmateriaal voor letselschade een medische verklaring mag worden verwacht. Wanneer die verklaring ontbreekt en volstaan wordt met een getuigenverklaring, is het bewijsmateriaal qua omvang onvolledig en zal de rechter het bewijs waarschijnlijk niet geleverd achten.

Hieruit blijkt ook de valkuil voor de rechter: de rechter gaat uit van impliciete aannames over wat ‘normaal gesproken’ aan bewijs te verwachten is, terwijl er in de concrete situatie misschien een reden is waarom dat bewijs afwezig is en er dus geen argument is om dat ten nadele van de bewijzende partij te laten werken.

86 Met name Jonathan Cohen (1977) heeft gewezen op dit aspect van het nemen van waarschijnlijkheidsbeslissingen, door de rechter maar ook in het dagelijkse leven. Zie ook Anderson, Schum en Twining (2005) p. 258-259.

In het eerder gegeven voorbeeld: misschien is er een goede reden waarom de partij níet over een medische verklaring beschikt.

De rechter doet er dan ook goed aan om vóór de definitieve bewijsbeslissing een partij te confronteren met haar opvatting over ontbrekend bewijsmateriaal, zodat duidelijk kan worden of er een gerechtvaardigde reden is dat het door de rechter verwachte bewijsmateriaal ontbreekt. Wanneer het voor een partij onmogelijk is om meer bewijsmateriaal te produceren dan zij heeft gedaan, zou het immers onredelijk zijn haar tegen te werpen dat het bewijsmateriaal onvolledig is; zij kan geen ander bewijsmateriaal inbrengen dan zij feitelijk heeft gedaan.

#### 5.6.4 *Alternatieve hypothese*

Een vierde en laatste ijkpunt bij de bewijsbeslissing is het in aanmerking nemen van *alternatieven*. Dat dit van belang is, laat zich opnieuw illustreren met het voorbeeld van de medische bewijsbeslissing.

Een belangrijk middel bij de totstandkoming van de diagnose is het uitsluiten van mogelijke diagnoses op basis van de beschikbare bewijsmiddelen. Veel bewijsmiddelen, zoals misselijkheidsklachten of geconstateerde koorts, zullen zowel op zich zelf als in onderlinge samenhang, nog steeds verschillende opties openlaten. De arts zal zich dan ook ten doel stellen om, voor zover mogelijk, bepaalde mogelijkheden uit te sluiten. Daartoe zal de arts zoeken naar een bewijsmiddel waaruit, juist omdat het er níet is, kan worden afgeleid dat bepaalde diagnoses in ieder geval niet aan de orde zijn. De *afwezigheid* van koorts kan bijvoorbeeld een duidelijke aanwijzing dat een infectie niet aan de orde is.

Voor de rechterlijke bewijsbeslissing wordt doorgaans aangenomen dat een weging van alternatieven, of het uitsluiten van andere mogelijkheden, niet aan de orde is. Strikt genomen ziet de bewijsbeslissing immers uitsluitend op het te bewijzen feit en níet op de waarschijnlijkheid van hetgeen de wederpartij daar tegenover stelt. Zoals al eerder is gesteld (paragraaf 5.2), is dat te bewijzen feit de hypothese die de rechter toetst. Dit blijkt ook uit de omstandigheid dat de plicht tot bewijslevering uitsluitend rust op de partij met de bewijslast; de wederpartij is niet verplicht om daar iets tegenover te stellen en tegenbewijs te leveren.<sup>87</sup>

Toch is er niet aan te ontkomen dat de rechter bij de bewijsbeslissing meeweegt welke argumenten de wederpartij aanvoert, en dan met name welke *alternatieve hypothese* de wederpartij naar voren brengt met betrekking tot de door de bewijslast dragende partij gestelde feiten. Hierbij is van belang dat wanneer een partij bepaalde feiten stelt als grondslag voor zijn vordering, de wederpartij niet kan volstaan met

<sup>87</sup> Te wijzen is ook op de situatie dat de wederpartij niet in het geding verschijnt en tegen hem verstek is verleend: ook dan kan op de eisende partij een bewijsplicht rusten.

de ontkenning van die feiten; de wederpartij dient zijn verweer te motiveren.<sup>88</sup> Wanneer de wederpartij dit nalaat, zal de rechter niet toekomen aan bewijslevering omdat, zo is dan bijvoorbeeld in het vonnis te lezen, ‘tegenover de onderbouwde stellingen van eiser, gedaagde volstaan heeft met een enkele ontkenning, zodat zal worden uitgegaan van de juistheid van de stellingen van eiser’. Het motiveren van een verweer betekent dat tegenover de stelling van de ene partij ‘we hebben een overeenkomst gesloten’, van de wederpartij méér verwacht wordt dan een ontkenning daarvan. De wederpartij moet bijvoorbeeld stellen: ‘nee, want we waren nog in onderhandeling en we hebben geen definitieve overeenstemming bereikt’. Dit verweer is te zien als een door de wederpartij geformuleerd alternatief voor de stellingen van eiser. Als de eisende partij in dit voorbeeld bewijs moet gaan leveren van de gestelde overeenkomst, zal de waardering van het bewijs door de rechter plaatsvinden tegen de achtergrond van de door de wederpartij aangedragen alternatieve hypothese. Dit betekent dat de rechter zal proberen te achterhalen of al dan niet overeenstemming was bereikt (dan wel: of eiser daar redelijkerwijs vanuit mocht gaan), óf dat partijen nog in het onderhandelingsproces waren. Die laatste toevoeging is belangrijk, omdat de bewijswaardering binnen dat kader plaatsvindt en uit de bewijsmiddelen juist op dát punt – de afweging van de door beide partijen naar voren gebrachte stellingen of feiten – iets moet kunnen worden afgeleid. Het is daar dat de relevantie van een bewijsmiddel zich moet laten gelden: wanneer een getuige verklaart dat hem bekend is dat een overeenkomst tot stand is gekomen, maar hij weet niets te melden over het doorlopen onderhandelingsproces, zal deze verklaring weinig relevant zijn *tegen de achtergrond van de door de wederpartij aangedragen alternatieve hypothese*.<sup>89</sup>

Hierbij is te bedenken dat tegenover de stelling van eiser dat een overeenkomst tot stand is gekomen, ook andere alternatieve hypothesen denkbaar zijn, maar dat die geen rol spelen bij de bewijswaardering wanneer de wederpartij die niet naar voren brengt. In feite, zo kan worden gesteld, maakt de rechter op grond van de beschikbare bewijsmiddelen dus een *afweging* tussen de aan de orde zijnde alternatieven.<sup>90</sup>

88 Zie art. 128 lid 2 Rv: gedaagde dient een met redenen omklede conclusie van antwoord te nemen, terwijl daarbij ook dient te worden vermeld over welke bewijsmiddelen de gedaagde beschikt (lid 5).

89 Dit is een van de punten waarop de strafrechtelijke bewijsbeslissing verschilt van de civielrechtelijke: de strafrechter moet niet alleen de hypothese van het OM en die van de verdediging toetsen, maar ‘moet ook rekening houden met de mogelijkheid dat er in werkelijkheid iets is gebeurd dat door het openbaar ministerie noch door de verdediging naar voren is gebracht.’ Aldus Wagenaar, Van Koppen en Israëls (2009) p. 1447. Zie ook Wagenaar, Israëls en Van Koppen (2009) p. 204 e.v. Vergelijk hierover ook Klaas Rozemond (2010). Zie over de alternatieve hypothese in het strafrecht voorts D.J.C. Aben (2010),

90 Vergelijk hier ook wat in het algemeen als een meerwaarde van het eerder besproken Bayesiaanse redeneren is aan te merken, namelijk het belang van het in ogenschouw nemen van alternatieven. Een bewijsmiddel kan iets zeggen over de waarschijnlijkheid van de te toetsen hypothese, maar

### 5.6.5 Formulering van de bewijswaarderingsmaatstaf

Op basis van de vier ijkpunten die de rechter gebruikt bij de bewijswaardering – relevantie, kwaliteit, reikwijdte van de bewijsmiddelen, tegen de achtergrond van de door de wederpartij aangedragen alternatieve hypothese – kan de volgende maatstaf voor de bewijswaardering worden geformuleerd:

*Een feit is voor de civiele rechter bewezen wanneer uit de beschikbare bewijsmiddelen redelijkerwijs kan worden afgeleid dat het feit zich heeft voorgedaan, en uit die bewijsmiddelen niet even goed kan worden afgeleid dat hetgeen de wederpartij met betrekking tot dat feit stelt, zich heeft voorgedaan, terwijl zich evenmin de situatie voordoet dat bewijsmateriaal dat redelijkerwijs verwacht mocht worden, ontbreekt.*

In het eerste element van de geformuleerde maatstaf, dat *uit de beschikbare bewijsmiddelen redelijkerwijs kan worden afgeleid dat het feit zich heeft voorgedaan*, is het ijkpunt van relevantie verdisconteerd. Dit element legt als het ware een bodem in de bewijsbeslissing: op zijn minst moet uit de beschikbare bewijsmiddelen kunnen worden afgeleid dat het te bewijzen feit zich heeft voorgedaan. Daarvoor is vereist dat de bewijsmiddelen relevant zijn voor het te bewijzen feit.

Het tweede element, dat *uit die bewijsmiddelen niet evengoed kan worden afgeleid dat hetgeen de wederpartij met betrekking tot dat feit stelt zich heeft voorgedaan*, betreft de alternatieve hypothese bij de bewijsbeslissing. Wanneer uit de beschikbare bewijsmiddelen met even veel recht de alternatieve hypothese kan worden afgeleid, kan en mag de rechter geen positieve bewijsbeslissing nemen. Hieronder valt ook de situatie dat uit bepaalde bewijsmiddelen kan worden afgeleid dat het te bewijzen feit zich heeft voorgedaan, terwijl uit andere bewijsmiddelen kan worden afgeleid dat hetgeen de wederpartij met betrekking tot dat feit stelt, zich heeft voorgedaan.

Bij de beoordeling of aan het tweede element is voldaan, spelen de ijkpunten kwaliteit en reikwijdte van de bewijsmiddelen een rol. Wanneer de bewijsmiddelen waaruit kan worden afgeleid dat het te bewijzen feit zich heeft voorgedaan, méér kwaliteit of een groter bereik hebben dan de bewijsmiddelen waaruit kan worden afgeleid dat het te bewijzen feit zich níet heeft voorgedaan, zal de rechter een positieve bewijsbeslissing kunnen nemen.

Uit de formulering ‘*redelijkerwijs kan worden afgeleid*’ blijkt dat het er niet om gaat dat elke andere uitleg van de bewijsmiddelen onmogelijk is; van het maken van gevolgtrekkingen uit de bewijsmiddelen met uitsluiting van andere mogelijke gevolgtrekkingen is dan ook geen sprake. De formulering houdt dus open dat uit

de bewijskracht van het bewijsmiddel in een concreet geval hangt af van de vraag of het ook iets zegt over de (on)waarschijnlijkheid van de alternatieve hypothese.

de bewijsmiddelen ook andere conclusies kunnen worden getrokken, zij het dat niet tot een bewezenverklaring kan worden gekomen wanneer die conclusies *even goed*, dus op gelijke voet te rechtvaardigen zijn.

De bewijswaarderingsmaatstaf vraagt dus géén hoge mate van zekerheid bij de bewijsbeslissing. Dit strookt ook met wat uit de rechtspraktijk blijkt: ondanks de afwezigheid van zekerheid over het te bewijzen feit, komt de rechter regelmatig tot positieve bewijsbeslissingen. Dat is ook terecht, want het vragen van een hoge mate van zekerheid zou ertoe leiden dat vrijwel nooit een positieve bewijsbeslissing kan worden genomen, waarmee het overgrote deel van de vorderingen zou worden afgewezen. Het vergen van een hoge mate van zekerheid zou ook moeilijk te verenigen zijn met het gegeven – zie paragraaf 1.5.2 en 4.5 – dat in de meerderheid van de zaken in het geheel géén bewijslevering plaatsvindt en de rechter feiten vaststelt op grond van een analyse van de stellingen van partijen. Het spreekt voor zich dat ook zo’n oneigenlijke bewijsbeslissing met een flinke mate van onzekerheid omgeven is. Het is dan ook genoeg wanneer er *nét* iets meer is dat pleit voor het te bewijzen feit, dan daartegen. Daarmee komt de bewijswaarderingsmaatstaf dicht in de buurt van de maatstaf van *preponderance of probabilities*.<sup>91</sup>

Er wordt echter een extra element bijgebracht door de toevoeging *dat zich niet de situatie mag voordoen dat bewijsmateriaal dat redelijkerwijs verwacht mocht worden, ontbreekt*. Dit element biedt een tegenwicht tegen de betrekkelijk lage drempel voor een positieve bewijsbeslissing, omdat het enige objectivering aanbrengt. Het geeft de rechter namelijk een handvat om – los van hetgeen partijen over en weer aan bewijsmiddelen inbrengen en wat zij daarover stellen – zélf te bepalen dat een bepaald bewijsmiddel ontbreekt en dat om die reden het bewijs niet geleverd wordt geacht. De rechter hoeft dan geen positieve bewijsbeslissing te nemen in bijvoorbeeld de situatie dat een partij bepaalde bewijsmiddelen achterhoudt, waardoor er niet zo’n goed beeld van de zaak is verkregen als mogelijk zou zijn geweest.<sup>92</sup> Hetzelfde geldt voor de situatie dat een partij weinig bewijsmiddelen inbrengt, maar dat ook de wederpartij daarin tekort schiet.

Anderzijds maakt dit extra element ook duidelijk dat soms wél een positieve beslissing mag en moet worden genomen, ondanks een beperkte kwaliteit of reikwijdte van de beschikbare bewijsmiddelen, namelijk wanneer *nét* gezegd kan

91 Strikt genomen ziet de preponderance maatstaf niet op een afweging van de waarschijnlijkheid van het door de ene partij gestelde feit versus hetgeen daarover door de andere partij wordt gesteld. Aannemelijk is echter ook hier dat de rechter bij de bewijsbeslissing wel degelijk alternatieven weegt. Zie Richard A. Posner (1999) p. 45 e.v.

92 Vergelijk de onbevredigende uitkomst van HR 30 januari 1998, NJ 1998, 459 m.nt. JBMV, waarin de rechter uitsluitend op basis van getuigenverklaringen een positieve bewijsbeslissing neemt ten aanzien van de vraag op welk moment een koopovereenkomst tot stand was gekomen, *zonder* dat de schriftelijke koopovereenkomst (waarover de partij met de bewijslast de beschikking had) in het geding was gebracht.

worden dat sprake is van ontbrekend bewijsmateriaal dat redelijkerwijs verwacht mocht worden. De geformuleerde bewijswaarderingsmaatstaf is daarmee *flexibel*.

Zo kan niet aan een incestslachtoffer worden tegengeworpen dat zij een deskundigenbericht heeft ingebracht, dat ‘slechts’ is opgesteld op basis van haar eigen verklaring. Het zal immers uiterst problematisch zijn om meer of ander bewijs te produceren voor incest.<sup>93</sup> Evenmin kan van een verzekerde die uitkering vordert vanwege diefstal van zijn auto, méér worden gevergd dan een (sluitende) eigen verklaring over de diefstal en een politieaangifte, zodat ook in deze situatie de Hoge Raad overweegt dat ‘*niet te zware eisen aan het bewijs mogen worden gesteld*’.<sup>94</sup> Immers, het is niet goed voor te stellen over welke nadere bewijsmiddelen de verzekerde zou kunnen beschikken.

De toetsing aan het element *welk bewijsmateriaal redelijkerwijs verwacht mag worden*, geeft derhalve aan dat niet zodanig hoge eisen aan de bewijsslevering mogen worden gesteld, dat het in feite onmogelijk wordt een bepaald feit te bewijzen. Of daarvan sprake is, kan niet in abstracto worden beantwoord, maar moet worden nagegaan aan de hand van het feit dat in het concrete geval moet worden bewezen. Denk bijvoorbeeld aan het bewijs van toekomstige schade, het bewijs van een bepaalde geestestoestand of het bewijs van causaliteit. Aan bewijs van dergelijke feiten mag volgens rechtspraak van de Hoge Raad niet te hoge eisen worden gesteld.<sup>95</sup>

De reden daarvoor zal zijn dat het te bewijzen feit van een zodanige aard is, dat het redelijkerwijs te verwachten bewijsmateriaal beperkt zal zijn, zowel wat betreft de kwaliteit als wat betreft de reikwijdte daarvan. Het antwoord op de vraag of toekomstige gebeurtenissen zich al dan niet zullen voordoen, is immers per definitie met een grote mate van onzekerheid omgeven. Bovendien is het bewijs van toekomstige gebeurtenissen – evenals bijvoorbeeld het bewijs van causaliteit –, meer dan het bewijs van feiten die zich in het verleden hebben afgespeeld, verweven met gezichtspunten van normatieve aard. Dit heeft uiteraard consequenties voor de kwaliteit en de reikwijdte van het bewijsmateriaal. En het bewijs van een bepaalde geestestoestand (‘bewuste roekeloosheid’) zal onontkoombaar een sterk subjectief karakter dragen, zodat ook hier geldt dat de aard van het te bewijzen feit consequenties heeft voor de kwaliteit en de reikwijdte van het bewijsmateriaal.

Verder kunnen er specifieke omstandigheden zijn die invloed hebben op het redelijkerwijs te verwachten bewijsmateriaal, zoals de omstandigheid dat een

93 HR 17 november 1995, NJ 1996, 666 m.nt. JdB.

94 HR 11 april 2003, NJ 2004, 568 m.nt. MMM; HR 28 oktober 1994, NJ 1995, 141.

95 Toekomstige schade: HR 15 mei 1998, NJ 1998, 624. Vergelijk voorts nog HR 17 februari 2006, NJ 2007, 285 m.nt. CJHB, waarin werd overwogen dat aan het bewijs van de werkgever dat hij veertig jaar geleden voldoende zorg heeft betracht voor de werknemer, geen hoge eisen worden gesteld. In HR 30 maart 2007, NJ 2008, 64 m.nt. T. Hartlief is beslist dat geen hoge eisen mogen worden gesteld aan het bewijs van aan opzet grenzende roekeloosheid van een voetganger.

bepaalde gebeurtenis zich al veertig jaar geleden heeft afgespeeld.<sup>96</sup> Ook dit is een factor die de rechter in aanmerking moet nemen in het kader van het gezichtspunt welk bewijsmateriaal redelijkerwijs verwacht mag worden.

Ten slotte maakt de bewijswaarderingsmaatstaf ook duidelijk wat het inhoudt om *tegenbewijs* te leveren. In de terminologie van de Hoge Raad is het leveren van tegenbewijs – bewijs dat zich richt op het ontkrachten van een voorlopig oordeel of wettelijk vermoeden van een bepaald feit – het *ontzenuwen* of ontkrachten van het reeds aanwezige bewijs of wettelijke vermoeden.<sup>97</sup> Daarvoor is het voldoende dat serieuze twijfel wordt gezaaid over het feit. Dat betekent dat niet meer is voldaan aan het element dat *uit de beschikbare bewijsmiddelen redelijkerwijs kan worden afgeleid dat het feit zich heeft voorgedaan, en uit die bewijsmiddelen niet even goed kan worden afgeleid dat hetgeen de wederpartij met betrekking tot dat feit stelt, zich heeft voorgedaan*. In plaats daarvan kan uit de – in het kader van het tegenbewijs door de wederpartij bijgebrachte bewijsmiddelen – wél even goed worden afgeleid dat hetgeen de wederpartij met betrekking tot dat feit stelt, zich heeft voorgedaan. Het ontzenuwen van (het bewijs van) een feit is dus niet hetzelfde als het aannemelijk maken dat het feit zich niet heeft voorgedaan, maar houdt in dat de alternatieve hypothese wordt onderbouwd of versterkt. Daardoor valt de balans niet meer uit ten voordele van het te bewijzen feit.

## 5.7 Het aannemelijk zijn van feiten

Aan de hand van de in de vorige paragraaf geformuleerde bewijswaarderingsmaatstaf kan de rechter beoordelen of het bewijs van een bepaald feit is geleverd. Er is dan voldaan aan het vereiste dat de feiten in voldoende mate zijn komen vast te staan. In de rechtspraak wordt soms echter ook voldoende geacht dat feiten *aannemelijk* zijn. Toepassing van de geformuleerde bewijswaarderingsmaatstaf lijkt dan niet aan de orde te zijn; in plaats daarvan zou een lichtere maatstaf gelden, namelijk die van het aannemelijk zijn van feiten. Het is echter niet zo duidelijk of er in het bewijsrecht nu werkelijk een afzonderlijke aannemelijksmaatstaf geldt. De reden voor deze onduidelijkheid is dat de formulering dat feiten aannemelijk zijn, in verschillende contexten, en niet altijd op de juiste wijze, wordt gebruikt.<sup>98</sup>

Het aannemelijk zijn van feiten is in de eerste plaats aan de orde wanneer de aard van de procedure geen bewijsincident toelaat, zodat een eigenlijke bewijsbeslissing niet aan de orde is. Om die reden is het vaste jurisprudentie dat in een kort-

96 Zie het in de vorige noot aangehaalde arrest HR 17 februari 2006, NJ 2007, 285 m.nt. CJHB.

97 Zie onder meer HR 16 maart 2007, NJ 2008, 219 m.nt. C.J.M. Klaassen; HR 2 mei 2003, NJ 2003, 468.

98 Idem Snijders-Klaassen-Meijer (2007) p. 210-211; W.D.H. Asser (2004) p. 35.



gedingprocedure – maar er zijn meer situaties<sup>99</sup> – feiten niet bewezen hoeven te worden, maar slechts aannemelijk hoeven te worden gemaakt. De term aannemelijk maken wordt hier gebruikt, in de woorden van Asser, om het onderscheid met bewijzen te markeren.<sup>100</sup>

Omdat de kortgedingprocedure in beginsel geen bewijsincident toelaat,<sup>101</sup> moet de rechter het doen met het direct door partijen in de procedure ingebrachte bewijsmateriaal en kunnen geen nadere bewijsmiddelen, zoals getuigenverklaringen, worden verkregen. De bewijspositie van de partij die de bewijslast draagt, zal hierdoor met name op het aspect van de *reikwijdte* van de bewijsmiddelen (vergelijk paragraaf 5.6.3) niet aan de maat kunnen zijn; er kunnen nog ontbrekende bewijsmiddelen zijn. Wanneer het echter volstaat dat feiten aannemelijk zijn, kan het ontbreken van bewijsmiddelen die redelijkerwijs verwacht hadden mogen worden, niet ten nadele van die partij werken. Het zou immers niet redelijk zijn een partij tegen te werpen, bijvoorbeeld, dat er geen getuigenbewijs in haar voordeel is, wanneer zij niet de gelegenheid heeft gekregen om getuigenbewijs bij te brengen.

Wanneer het voldoende is dat feiten in een kort geding procedure aannemelijk zijn geworden, laat de rechter een toetsing aan het element *dat bewijsmateriaal dat redelijkerwijs verwacht mocht worden, ontbreekt*, dus achterwege. Aan de andere elementen van de bewijswaarderingsmaatstaf – *uit de beschikbare bewijsmiddelen kan redelijkerwijs worden afgeleid dat het feit zich heeft voorgedaan, en uit die bewijsmiddelen kan niet even goed kan worden afgeleid dat hetgeen de wederpartij met betrekking tot dat feit stelt, zich heeft voorgedaan* – moet wél gewoon worden voldaan. Met andere woorden, wanneer uit de beschikbare bewijsmiddelen even goed kan worden afgeleid dat hetgeen de wederpartij met betrekking tot dat feit stelt, zich heeft voorgedaan, kan óók de kortgedingrechter niet tot het oordeel komen dat de feiten aannemelijk zijn. Het aannemelijk zijn van feiten legt hier inhoudelijk de lat dus niet lager dan de in paragraaf 5.6.5 voorgestelde bewijswaarderingsmaatstaf.

Het aannemelijk zijn van feiten is in de tweede plaats aan de orde wanneer de rechter op grond van het door partijen in de procedure overgelegde bewijsmateri-

99 Zoals het summierlijk blijken van het bestaan van feiten en omstandigheden die aantonen dat de schuldenaar verkeert in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen (art. 1 FW), waarmee beoogd is de bewijspositie van de schuldeiser te verlichten en de faillissementsprocedure beknopt te kunnen houden, of het aannemelijk zijn van schade, als voldoende vereiste voor verwijzing naar de schadestaatprocedure. Vergelijk ook het op de voet van art. 6:97 BW begroten van de schade door de rechter; wanneer de omvang van de schade niet nauwkeurig kan worden vastgesteld, moet de rechter de schade schatten. Ook het schatten van schade drukt uit dat bewijzen niet aan de orde is, vergelijk HR 16 oktober 1998, NJ 1999, 196 m.nt. ARB. Het is daarom voldoende dat feiten zijn gesteld en zo nodig bewezen waaruit in het algemeen schade kan worden afgeleid, HR 28 juni 1991, NJ 1991, 746.

100 W.D.H. Asser (2004) p. 34.

101 In uitzonderingsgevallen vindt in kortgedingprocedures wel bewijzlevering plaats. Dit staat de kortgedingrechter vrij.

aal al direct een bewijsbeslissing kan nemen. Dit lijkt op het aannemelijk zijn van feiten in de kortgedingprocedure, omdat ook hier zich de situatie voordoet dat nog geen bewijslevering in eigenlijke zin heeft plaatsgevonden en de rechter dus nog geen volledig zicht heeft op de reikwijdte van het bewijsmateriaal, op alle beschikbare bewijsmiddelen. Het verschil met de kortgedingprocedure is echter dat nadere bewijslevering nog wél plaats kan vinden en ook plaats moet vinden, waartoe de rechter een bewijsopdracht zal geven. Omdat de rechter op grond van het beschikbare materiaal het bewijs ‘voorshands’ of ‘voorlopig’ al geleverd acht, wordt de bewijsopdracht verstrekt aan de partij die níet de bewijslast heeft. Die partij kan tegen de voorlopige bewijsbeslissing tegenbewijs leveren.<sup>102</sup>

Ook hier geldt dat de rechter een dergelijke constructie alleen moet toepassen wanneer wel voldaan is aan de andere elementen van de bewijswaarderingsmaatstaf, dus wanneer uit de beschikbare bewijsmiddelen níet even goed kan worden afgeleid dat hetgeen de wederpartij met betrekking tot dat feit stelt, zich heeft voorgedaan. Wanneer aan dat vereiste niet is voldaan, zou de rechter in feite de bewijslast omkeren met een ‘voorshands’ oordeel dat het bewijs is geleverd. Dat is echter niet beoogd. De ‘voorshands-aannemelijk’ constructie is bedoeld voor het geval dat de partij die de bewijslast draagt, voldoende heeft aangedragen om de rechter tot een positieve bewijsbeslissing te brengen.<sup>103</sup> Eventueel aanvullende of ontbrekende bewijsmiddelen, die tot een andere beslissing zouden kunnen leiden, liggen in het domein van de wederpartij, die daarom de gelegenheid krijgt tegenbewijs te leveren.<sup>104</sup> Ook hier is dus geen sprake van een inhoudelijk lichtere maatstaf van aannemelijkheid.

Een derde situatie waarin het gaat om het aannemelijk zijn van feiten, is die waarin het materiële recht feitelijke vermoedens geeft, waartegen tegenbewijs kan worden geleverd. Voorbeelden hiervan zijn het vermoeden van onbehoorlijke taakvervulling door een bestuurder bij het niet voldoen aan de boekhoud- of publicatieplicht (art. 2:248 lid 2 BW) of het vermoeden van causaal verband tussen schade en normschending bij schending van een verkeers- of veiligheidsnorm.<sup>105</sup> Het tegenbewijs tegen het uit wet of jurisprudentie voortvloeiende vermoeden is

102 Tegen het rechterlijk vermoeden, zoals ook wel wordt gezegd. Aangezien de wet het begrip ‘feitelijk vermoeden’, dat vroeger te vinden was in art. 1959 BW (oud), niet meer kent en dat voor veel verwarring zorgde, verdient deze terminologie geen aanbeveling. Zie over het vermoeden nader Asser/Anema & Verdam (1953) p. 282 e.v.

103 Vergelijk W.D.H. Asser (2004) p. 35.

104 Wanneer de rechter een ruimere toepassing geeft aan de ‘voorshand-bewezen’ constructie, kan dit tot een omslachtige bewijsprocedure leiden. De partij die tegenbewijs moet leveren, heeft een lichtere bewijstaak, namelijk het ‘ontzenuwen’ van het door de partij met de bewijslast bijgebrachte bewijs. Zie bijvoorbeeld HR 16 maart 2007, NJ 2008, 219 m.nt. C.J.M. Klaassen; HR 2 mei 2003, NJ 2003, 468. Wanneer de rechter te snel tot een ‘voorshands-bewezen’ oordeel komt, is de kans groot dat de wederpartij in dat ontzenuwen slaagt. De rechter zal dan alsnog de partij die de bewijslast draagt, een bewijsopdracht moeten geven.

105 HR 29 november 2002, NJ 2004, 304.

geleverd, wanneer *aannemelijk* wordt gemaakt, in het geval van bestuurdersaansprakelijkheid, dat er andere feiten of omstandigheden oorzaak voor het faillissement zijn geweest<sup>106</sup> of, in het geval van schending van verkeers- en veiligheidsnormen, dat *aannemelijk* is dat de schade ook zonder schending van die norm zou zijn ontstaan.<sup>107</sup>

Hoewel hier op het eerste gezicht sprake lijkt te zijn van een speciale aannemelijkheidsmaatstaf, is dat bij nader inzien toch niet het geval. Want hoewel het beginpunt anders is – bewijslevering heeft nog in het geheel niet plaats gevonden; er is slechts sprake van een bewijsvermoeden – gaat het ook hier om het leveren van tegenbewijs, dus om het ontzenuwen of ontkrachten van het bewijsvermoeden (vergelijk paragraaf 5.6.5).<sup>108</sup> Daaraan is voldaan wanneer twijfel is gezaaid over het bewijsvermoeden en niet meer geoordeeld kan worden dat *uit de (thans) beschikbare bewijsmiddelen redelijkerwijs kan worden afgeleid dat het feit zich heeft voorgedaan, en uit die bewijsmiddelen niet even goed kan worden afgeleid dat hetgeen de wederpartij met betrekking tot dat feit stelt, zich heeft voorgedaan*.<sup>109</sup> Dus wanneer, bijvoorbeeld, de bestuurder bewijsmiddelen bijbrengt waaruit kan worden afgeleid dat er een andere oorzaak is voor het faillissement, is hij geslaagd in het tegenbewijs. De hier gebruikte formulering van het aannemelijk zijn van feiten is dus de normale tegenbewijs-constructie. Ook hier is derhalve geen sprake van een afzonderlijke, lichtere aannemelijkheidsmaatstaf.

Een vierde en laatste situatie waarin feiten aannemelijk moeten worden gemaakt, doet zich voor in het geval dat in een materiële rechtsregel is voorgeschreven dat een bepaald feit *aannemelijk* moet worden gemaakt. Dit is vermeld bij bijvoorbeeld het beroep op dringend eigen gebruik als grond voor de beëindiging van de verhuur van woonruimte (art. 7:274 lid 1 sub c BW) of het beroep op de stelling dat voortzetting van de huurovereenkomst niet kan worden geleverd van de verhuurder (art. 7:230a lid 4 BW). Ook zijn er enkele uitspraken waarin de Hoge Raad expliciet als norm formuleert dat *geen al te hoge eisen* aan de bewijslevering mogen worden gesteld, en dat voldoende is dat een bepaald feit *aannemelijk* wordt gemaakt. Zo is in het geval dat een verzekerde bewijs moet leveren van diefstal van zijn auto, geoordeeld dat volstaan kan worden met het aannemelijk maken van feiten waaruit

106 HR 30 november 2007, NJ 2008, 91 m.nt. Maeijer.

107 HR 18 april 2003, NJ 2004, 306 m.nt. DA; HR 29 november 2002, NJ 2004, 304 m.nt. DA; HR 29 november 2002, NJ 2004, 305 m.nt. DA.

108 Vergelijk ook art. 1:204 BW; art. 2:30 lid 4 BW; art. 6:173 lid 2 sub a BW; art. 6:185 lid 1 sub b BW. Hierbij valt op te merken dat in de wetsbepaling niet altijd expliciet is geformuleerd dat het gaat om tegenbewijs tegen een bewijsvermoeden; dit is echter wel de strekking van de betreffende regel.

109 Overigens zijn er ook wettelijke bewijsvermoedens waarin niet de tegenbewijs-constructie wordt gevolgd, maar wordt geëist dat bewijs van het tegendeel wordt geleverd. Zie bijvoorbeeld het vermoeden van goede trouw bij de bezitter, waar het ontbreken van goede trouw *bewezen* moet worden (art. 3:118 lid 3 BW).

die diefstal kan worden afgeleid.<sup>110</sup> En ook voor het bewijs van de werkgever dat hij voldoende zorg heeft betracht (art. 7:658 lid 2 BW), is beslist dat voldoende is dat de werkgever dit aannemelijk maakt.<sup>111</sup>

De Hoge Raad geeft hier een duidelijk signaal af, dat de lat bij de bewijswaardering hier niet te hoog mag worden gelegd. Toch is het niet zo duidelijk waarom nu juist in deze concrete gevallen er aanleiding zou zijn voor een duidelijk lichtere bewijslast. De betreffende arresten geven daarin ook geen inzicht; zij vormen een tamelijk willekeurig geheel.

Deze rechtspraak kan beter begrepen worden vanuit het gezichtspunt dat er situaties zijn, zoals ook in paragraaf 5.6.5 is betoogd, waarin een partij over weinig bewijsmateriaal beschikt, maar in de omstandigheden van het geval redelijkerwijs van haar ook niet méér bewijsmateriaal verwacht kan worden. Wanneer de rechter in een dergelijke situatie toch een negatieve bewijsbeslissing zou nemen, zou het onredelijke gevolg daarvan zijn dat het voor een partij feitelijk onmogelijk is het gevraagde bewijs te leveren. Dit gezichtspunt dient de rechter echter altijd in acht te nemen bij de bewijsbeslissing, zodat er weinig reden is hiervan enkel gebruik te maken bij bepaalde casuïstiek.

Voor de aangehaalde materiële rechtsregels geldt nog het volgende. Uit de rechtspraak op de aangehaalde wetsbepalingen (dringend eigen gebruik van de verhuurder en het in redelijkheid niet kunnen vergen van voortzetting van de huurovereenkomst) blijkt dat het in deze gevallen aankomt op een afweging van de belangen van de verhuurder versus die van de huurder. Daarmee is het beoordelingskader voor de rechter al ruim en flexibel. Uit de rechtspraak blijkt níet dat er door het hanteren van een lagere bewijswaarderingsmaatstaf sprake is van een verlichte bewijslast voor de verhuurder. Ook hier is dus geen sprake van een zelfstandige, lagere aannemelijkheidsmaatstaf.

De conclusie uit wat hiervoor is besproken, is dat er geen aanleiding is om naast de geformuleerde bewijswaarderingsmaatstaf gebruik te maken van een afzonderlijke aannemelijkheidsmaatstaf. Voor zover in sommige gevallen lagere eisen aan de bewijsslevering zouden moeten worden gesteld, zijn dat situaties waarin ondanks de beperkte reikwijdte van de beschikbare bewijsmiddelen, toch een positieve bewijsbeslissing kan worden genomen, omdat in die gevallen redelijkerwijs van een partij geen andere bewijsmiddelen verlangd kunnen worden.

## 5.8 Waarheidsvinding en bewijslastverdeling

Uit het oogpunt van waarheidsvinding zou het zonder meer de voorkeur hebben wanneer partijen gezamenlijk de bewijslast dragen van de feiten waarop de rechter de beslissing moet baseren. Dan kan zich immers niet de situatie voordoen dat

110 HR 28 oktober 1994, NJ 1995, 141 en HR 11 april 2003, NJ 2004, 568 m.nt. MMM.

111 HR 17 februari 2006, NJ 2007, 285 m.nt. CJHB.

de feiten niet komen vast te staan omdat de partij die de bewijslast heeft, niet over het benodigde bewijsmateriaal beschikt, terwijl de andere partij wel de beschikking heeft over relevante bewijsmiddelen.

Juist omdat een verdeling van de bewijslast een belemmerende factor kan zijn bij de waarheidsvinding, is in rechtsgebieden waar vanouds de materiële waarheidsvinding centraal staat, het strafrecht en het bestuursrecht, een verdeling van bewijslast niet, of in mindere mate, aan de orde. Daar is het de rechter die tezamen met beide partijen zoveel mogelijk de juiste feiten probeert vast te stellen.<sup>112</sup>

Vanwege het belang van waarheidsvinding is ruim een eeuw geleden door Moltzer gepleit voor een gezamenlijke bewijslast voor partijen in het civiele recht.<sup>113</sup> De zogenoemde publiekrechtelijke bewijstheorie van Moltzer heeft echter nooit bijval gekregen.<sup>114</sup> In het civiele recht is het uitgangspunt altijd geweest dat de bewijslast bij één partij ligt en dat de bewijslast dus op enige wijze tussen partijen moet worden verdeeld.<sup>115</sup> Ter rechtvaardiging hiervan wordt wel gewezen op overwegingen van doelmatigheid: het zou ‘ondoenlijk’ zijn wanneer de bewijslast niet tussen partijen wordt verdeeld. Zie bijvoorbeeld Storme:

*“De tegensprekelijkheid en wederkerigheid zijn natuurlijke kenmerken van het geding, die de gelijkheid der gedingvoerende partijen moeten waarborgen; de verdeling van de taken en dus ook van de bewijslast is hiervan een noodzakelijk uitvloeisel.”*<sup>116</sup>

Met andere woorden: het contradictoire karakter van het civiele proces staat eraan in de weg dat partijen gezamenlijk de bewijslast dragen van de feiten. De ene partij beweert het ene en de andere partij beweert precies het tegenover gestelde; hoe zouden partijen dan gezamenlijk de feiten kunnen bewijzen? Dit argument overtuigt niet erg, want een gezamenlijke bewijslast voor partijen hoeft niet in te houden dat partijen gezamenlijk de bewijslast dragen van *alle* gestelde feiten. Denkbaar

112 Daarom kan, strikt genomen, noch in het strafrecht noch in het bestuursrecht van een bewijslastverdeling worden gesproken. Zie voor het strafrecht J.F. Nijboer (2008) p. 35 e.v. en voor het bestuursrecht A.G. van Galen en H.Th.J.F. van Maarseveen (1978) p. 50, onder verwijzing naar M. Scheltema (1978): *“Het beste bewijsrecht is geen bewijsrecht”*. Voor het bestuursrecht is dit inmiddels een achterhaalde visie, zie met name Y.E. Schuurmans (2005) en L.J.A. Damen e.a. (2009) p. 264 e.v.

113 Zie over de publiekrechtelijke bewijstheorie van Moltzer ook paragraaf 2.3.

114 Een uitzondering is het ontwerp voor een nieuw Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van de Staatscommissie-Gratama (1920-I). Art. 233 van het ontwerp ging ervan uit dat bewijs moest worden geleverd door *beide* partijen, waarbij het aan de rechter naar billijkheid het bewijsrisico moest verdelen. Het ontwerp gaf daarom geen bepalingen over de verdeling van de bewijslast. Kritisch hierover J. Offerhaus (1924) p. 11 e.v.

115 Storme onderscheidt twee aspecten van het verdelen van de bewijslast tussen partijen: (1) partijen hebben geen gezamenlijke bewijslast, en (2) één partij hoeft niet alle feiten te bewijzen. Zie M. Storme (1962) p. 105.

116 M. Storme (1962) p. 168 en p. 104-105; in vergelijkbare zin W.L. Haardt (1951) p. 68.

is ook dat beide partijen steeds de door hen zelf gestelde feiten moeten bewijzen, waarmee feitelijk sprake is van een gezamenlijke bewijslast.

Een steekhoudender argument voor het verdelen van de bewijslast is dat daarmee een oplossing is gegeven voor de situatie dat niet meer is vast te stellen hoe de feiten zich in werkelijkheid hebben voorgedaan. Aangezien de partij die de bewijslast draagt, daarmee ook het bewijsrisico heeft, houdt een verdeling van de bewijslast immers in dat de partij die niet aan zijn bewijslast kan voldoen, de procedure verliest. Het nut van een bewijslastverdeling is daarom vooral dat de rechter gelegitimeerd is te beslissen in een situatie van onzekerheid over de feiten.<sup>117</sup> Vaste regels van bewijslastverdeling hebben bovendien het voordeel, ten opzichte van een casuïstische benadering of een verdeling naar billijkheid, dat voorafgaand aan de procedure voor partijen duidelijk is of kan zijn wat hun bewijsspositie in de procedure zal zijn.<sup>118</sup>

Inmiddels is niet meer in discussie dat de bewijslast tussen partijen moet worden verdeeld volgens de gematigd-objectiefrechtelijke leer.<sup>119</sup> Deze leer is neergelegd in art. 150 Rv en zij houdt in dat de vraag bij welke partij de bewijslast rust, moet worden beantwoord aan de hand van het objectieve (materiële) recht, waarvan kan worden afgeweken op grond van enige geschreven of ongeschreven regel of op grond van de eisen van redelijkheid en billijkheid. Het is onvermijdelijk dat toepassing van deze leer – en welke andere leer van bewijslastverdeling dan ook – ertoe kan leiden dat de partij die de bewijslast heeft, vanwege bewijsnood het gevraagde bewijs niet kan leveren, zodat de waarheid niet aan het licht komt.

Wanneer de kern van het bewijsrecht gelegen zou zijn in het voorzien van een risicoverdeling tussen partijen door de rechter een instrumentarium te bieden waarmee kan worden beslist in een situatie van ‘non liquet’, zou de kwestie hiermee zijn afgedaan. Soms slaagt een partij in het haar opgedragen bewijs en soms faalt zij, en in dat laatste geval is het onontkoombaar dat zij de procedure verliest.

Het is echter de vraag of dit een juiste voorstelling van zaken is. Dat dit niet het geval is, blijkt met name uit het probleem van de in bewijsnood verkerende partij en de daarvoor ontwikkelde oplossingen of tegemoetkomingen.<sup>120</sup> Deze zijn vooral te begrijpen *vanuit het belang van waarheidsvinding*. De bewijsnood van een bewijslast dragende partij wordt immers pas problematisch, wanneer als uitgangspunt wordt genomen dat zoveel mogelijk recht moet worden gedaan op de correcte feiten en dat zoveel mogelijk recht moet worden gedaan aan de mate-

117 Zie W.D.H. Asser (2004) p. 53 e.v. Vergelijk ook A. Grünebaum (1904) p. 168.

118 Vergelijk W.D.H. Asser (2004) p. 56.

119 Over de vraag aan de hand van welke criteria de bewijslast tussen partijen moet worden verdeeld, is lang gestreden. Zie voor een beknopt overzicht van de verschillende theorieën over de grondslag van bewijslastverdeling onder meer Pitlo/Hidma & Rutgers (2004) p. 23-38; W.D.H. Asser (2004) p. 39-58.

120 Vergelijk ook W.D.H. Asser (2010) p. 56 e.v., waar hij ingaat op de ‘correctiemechanismen’ om het bewijsrisico van een partij te beïnvloeden.

riële rechtspositie van partijen. Vanuit die gedachte kan het onaanvaardbaar zijn wanneer een partij met lege handen komt te staan vanwege bewijsnood. Wanneer uitsluitend wordt gedacht vanuit risicoverdeling, is hier helemaal geen probleem; de rechter wijst de vordering gewoon af.

Algemeen gedeeld is echter het inzicht dat de bewijsnood van een partij wél een probleem kan zijn, precies omdat door de onmogelijkheid om de correcte feiten vast te stellen, verhinderd wordt dat de materiële rechtspositie van die partij gerealiseerd wordt. Dit blijkt al uit de wetsgeschiedenis, waarin de regering aangeeft dat wanneer sprake is van bewijsnood bij de ene partij en de wederpartij betere bewijsmogelijkheden heeft,<sup>121</sup> er aanleiding kan zijn om via de redelijkheid en billijkheid de bewijslast om te draaien.<sup>122</sup>

Deze suggestie is in de rechtspraak niet overgenomen.<sup>123</sup> Er zijn nauwelijks voorbeelden van zaken waarin de bewijslast wordt omgekeerd op grond van de redelijkheid en billijkheid.<sup>124</sup> Ook de in de rechtspraak ontwikkelde omkeringsregel ziet niet op omkering van de bewijslast, maar op het, hierna nog te bespreken, rechterlijke bewijsvermoeden. Een voorbeeld waarin de bewijslast wel werd omgekeerd, biedt slechts het geval waarin een partij in bewijsnood verkeerde *als gevolg* van handelen van de wederpartij.<sup>125</sup>

Er zijn echter andere wegen om een zich in bewijsnood bevindende partij de helpende hand te bieden.<sup>126</sup> Daarbij is met name te wijzen op de *verzwaarde*

121 Dit laatste is cruciaal: wanneer de wederpartij niet betere bewijsmogelijkheden heeft, is er geen aanleiding de bewijslast te verschuiven. Dit is ook vaste rechtspraak, zie A-G Bakels in punt 2.23 van zijn conclusie bij HR 29 januari 1999, NJ 1999, 245. Zie idem HR 17 december 1993, NJ 1994, 193 en HR 31 oktober 1997, NJ 1998, 85. Vergelijk W.D.H. Asser (2004) p. 85; I. Giesen (2001) p. 418 met verdere verwijzingen.

122 Parlementaire geschiedenis nieuw bewijsrecht (1988) p. 86.

123 Door de Hoge Raad is geoordeeld dat het enkele argument van bewijsnood, onvoldoende is voor een omkering van de bewijslast. Zie HR 31 oktober 1997, NJ 1998, 85.

124 Dit staat los van de gevallen waarin een materiële rechtsnorm voorschrijft dat de bewijslast wordt omgekeerd. Zie bijvoorbeeld art. 6:99 BW, art. 6:195 BW en art. 7:658 BW. Zie voor meer voorbeelden W.D.H. Asser (2004) p. 73-75.

125 HR 20 januari 2006, NJ 2006, 78. Vergelijk ook HR 7 mei 2004, NJ 2004, 422 m.nt. DA, waarin toepassing van de omkeringsregel niet was toegestaan, maar het hof kennelijk wel op grond van de eisen van redelijkheid en billijkheid tot een omkering van de bewijslast had kunnen komen. Een ander, eveneens uitzonderlijk, voorbeeld is het geval waarin op grond van redelijkheid en billijkheid mocht worden afgeweken van de in de wet (art. 7:176 BW) neergelegde omkering van de bewijslast, zodat teruggekomen werd bij de hoofdregel van bewijslastverdeling, eigenlijk dus een 'terugomkering' van de bewijslast, zie HR 2 november 2007, NJ 2008, 551 m.nt. C.J.M. Klaassen.

126 Volgens Giesen verdient het, uiteindelijk, toch de voorkeur om, met het oog op verwezenlijking van het materiële recht, in voorkomende gevallen te werken met een omkering van de bewijslast (in de terminologie van Giesen: het bewijslastrisico): *"Een uitzondering op de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling is gerechtvaardigd indien in de gevallen waarin aansprakelijkheid in principe wenselijk is op basis van de in die soorten gevallen in beginsel toepasselijke materiële norm, die aansprakelijkheid niet kan worden aangenomen – met als gevolg dat verwezenlijking van het doel*

*stelplicht* die op een partij met een betere bewijspositie kan rusten, ten gunste van de in bewijsnood verkerende wederpartij. Deze verzwaarde stelplicht houdt in dat de wederpartij niet kan volstaan met een (gemotiveerde) betwisting van de stellingen van de eisende partij, maar zelf ook feiten dient te stellen en deze zonnodig met bewijsstukken moet onderbouwen.<sup>127</sup> De verzwaarde stelplicht is dan ook te zien als een algemene medewerkingsplicht voor een partij die niet de bewijslast heeft. Daarmee komt de verzwaarde stelplicht in de kern erop neer dat de *omvang* of de *inhoud* van de bewijslast van een partij door de rechter wordt aangepast.<sup>128</sup> Bepaalde elementen uit die bewijslast, die in de invloed- of kennisfeer van de wederpartij liggen, worden daaruit gelicht en bij de wederpartij gelegd.<sup>129</sup>

Hoewel het toepassingsbereik van het leerstuk van de verzwaarde stelplicht tot nu toe beperkt is,<sup>130</sup> is het leerstuk toch van groot belang, omdat eruit kan worden afgeleid dat bewijsnood van een partij aanleiding kan zijn tot rechterlijk ingrijpen in de bewijslastverdeling. De rechter hoeft zich dus niet altijd neer te leggen bij die bewijsnood, maar heeft – naast de eerder in dit hoofdstuk besproken flexibele maatstaf van bewijswaardering – instrumenten om de bewijslastverdeling te *nuanceren*. De inzet van deze instrumenten vergt wel een actieve opstelling van de rechter. De rechter moet zich niet ‘blind’ laten leiden door de bekende regels

*en de strekking van de materiële norm niet meer mogelijk is – omdat er in de meerderheid van de gevallen van dat soort structurele bewijsnood bestaat.”* Zie hierover I. Giesen (2001) p. 450 e.v.

127 Het leerstuk van de verzwaarde stelplicht is terug te voeren op HR 18 december 1925, NJ 1926 p. 228 m.nt. EEM. Zie ook S. Gerbrandy (1952) p. 369-378 en p. 385-392. Volgens A. Hedeman (2009) p. 42, moet het leerstuk van de verzwaarde stelplicht worden gezien in verband met de (ongewenste gevolgen van de) in 1988 ingevoerde nieuwe regeling van bewijslastverdeling volgens de gematigd-objectiefrechtelijke leer.

128 Wanneer een partij niet voldoet aan de op haar rustende verzwaarde stelplicht, kan de rechter daaraan sancties verbinden, zoals het als vaststaand aannemen van de stellingen van de eisende partij, eventueel behoudens door de wederpartij te leveren tegenbewijs. HR 15 december 2006, NJ 2007, 203 m.nt. M.R. Mok. In dit arrest houdt de Hoge Raad de mogelijkheid open dat de rechter als sanctie de bewijslast *omkeert*, maar dit past m.i. minder goed in het stelsel van bewijslastverdeling.

129 De verzwaarde stelplicht wordt gehanteerd in bijvoorbeeld medische aansprakelijkheidszaken: de arts moet de patiënt, op wie de bewijslast rust, voorzien van voldoende feitelijke gegevens ter motivering van zijn betwisting van aansprakelijkheid, om zodoende de patiënt voldoende aanknopingspunten voor bewijslevering te verschaffen. Zie onder meer HR 15 juni 2007, NJ 2007, 335; HR 19 maart 2004, NJ 2004, 307 m.nt. DA; HR 7 september 2001, NJ 2001, 615; HR 18 februari 1994, NJ 1994, 368; HR 20 november 1987, NJ 1988, 500 m.nt. WLH. Ook op andere terreinen van aansprakelijkheidsrecht wordt gewerkt met een verzwaarde stelplicht, bijvoorbeeld bij aansprakelijkheid van een vermogensbeheerder (HR 15 december 2006, NJ 2007, 203 m.nt. M.R. Mok). Zie verder het arbeidsrecht (HR 25 april 1986, NJ 1986, 624), huurrecht (HR 1 december 1995, NJ 1996, 181) en merkenrecht (HR 10 juni 1966, NJ 1966, 390 m.nt. GJS). Een verzwaarde stelplicht kan ook in het materiële recht zijn neergelegd, bijvoorbeeld bij de aansprakelijkheid van de werkgever voor arbeidsongevallen (art. 7:658 BW).

130 A. Hedeman (2009) p. 45. Vergelijk W.D.H. Asser (2010) p. 57, die beide aspecten nadrukkelijk noemt.



van stelplicht en bewijslast, maar dient zich in voorkomende gevallen af te vragen of er aanleiding is om af te wijken van deze regels, omdat de partij op wie de bewijslast rust, in bewijsnood verkeert.

De verzwaarde stelplicht of medewerkingsplicht van partijen wordt soms geïnterpreteerd als een behoorlijkheidsnorm die een procespartij in acht dient te nemen tegenover haar wederpartij of tegenover de rechter.<sup>131</sup> Volgens anderen vloeit de verzwaarde stelplicht voort uit het beginsel van *equality of arms*; wanneer een partij niet over bepaalde bewijsmiddelen beschikt maar de wederpartij doet dat wel, kan dit immers leiden tot ongelijkheid in de bewijspositie van partijen.<sup>132</sup>

Het heeft echter de voorkeur om de verzwaarde stelplicht te funderen op het belang van waarheidsvinding, op het belang dat de rechter de feiten juist vaststelt.<sup>133</sup> Het doel van deze plicht is immers te bewerkstelligen dat de rechter zoveel mogelijk de beschikking krijgt over alle relevante gegevens en daardoor een gefundeerde en juiste beslissing kan nemen waardoor het materiële recht gerealiseerd kan worden.<sup>134</sup> Wanneer de verzwaarde stelplicht wordt begrepen vanuit het belang van waarheidsvinding, is ook duidelijker wanneer er voor de rechter aanleiding is om te werken met een verzwaarde stelplicht. Dat is namelijk in de situatie dat, aangenomen dat de wederpartij in een betere bewijspositie verkeert, in de woorden van Asser, ‘*de regels van bewijslast de verwerking van materiële rechtsnormen in gevaar brengen*.’<sup>135</sup> Het moet dan overigens wel vaststaan dat de wederpartij wél over de informatie beschikt die nodig is voor de verwerking van die rechtsnormen.

Een vergelijkbare benadering is ook te vinden in de Europese rechtspraak. Wanneer nationale regels van bewijslastverdeling ertoe leiden dat het nagenoeg onmogelijk of excessief moeilijk is voor een rechtszoekende om zijn uit het gemeenschapsrecht voortvloeiende rechten uit te oefenen, moeten deze regels buiten

131 Zie in deze zin bijvoorbeeld Asser-Groen-Vranken, Tzankova (2003) p. 77 e.v.; A. Hammerstein (1989) p. 1604. Vergelijk ook W.A.J. van Reek (1997) p. 52-52 en p. 212 e.v.

132 A. Hedeman (2009) p. 49 e.v.

133 Idem E. Gras (2005) p. 187, onder verwijzing naar HR 18 december 1925, NJ 1926, p. 228 m.nt. EEM, waarin de Hoge Raad als volgt overweegt: “*dat Batava door aan de rechter de kennis van de feiten te onthouden het de rechter onmogelijk maakt om te beoordelen of aan de artt. 1374 en 1375 BW is voldaan*”. Zie voorts met name ook I. Giesen (2001), die het belang van verwezenlijking van het materiële recht voorop stelt.

134 Dit komt ook naar voren in de rechtspraak over het hiervoor genoemde art. 7:658 BW: “*Indien de werkgever ter onderbouwing van [het verweer dat hij zijn zorgverplichtingen is nagekomen – RHdB] voldoende concrete feitelijke gegevens aanvoert, zal van de werknemer mogen worden verlangd dat hij zijn betwisting van dat verweer voldoende concreet motiveert, zij het dat aan die motivering niet zodanige eisen mogen worden gesteld dat in betekende mate afbreuk wordt gedaan aan de strekking van art. 7:658 lid 2 de werknemer door verlichting van zijn processuele positie bescherming te bieden tegen de risico's van schade in de uitoefening van zijn werkzaamheden*”. Zie r.o. 3.4.3 van HR 25 mei 2007, NJ 2008, 463. Vergelijk HR 25 april 2007, NJ 2008, 462 m.nt. Heerma van Voss bij NJ 2008, 465; HR 17 november 2000, NJ 2001, 596 m.nt. DA.

135 W.D.H. Asser (2005) p. 116; I. Giesen (2001) p. 475 e.v.

beschouwing worden gelaten. Er is dan sprake van strijd met het beginsel van doeltreffendheid.<sup>136</sup> Ook strijd met het beginsel van een effectieve rechterlijke bescherming kan leiden tot een ingreep in nationale regels van bewijslevering.<sup>137</sup>

Een andere methode om te voorkomen dat regels van bewijslastverdeling in de weg staan aan waarheidsvinding, lijkt op het eerste gezicht ook aan de orde wanneer de rechter oordeelt dat de stelling van een bepaald feit *voorshands* bewezen wordt geacht. Er zou dan onvoldoende bewijsmateriaal zijn om het feit bewezen te achten, terwijl er wel voldoende aanwijzingen zijn die aannemelijk maken dat het gestelde feit zich heeft voorgedaan.<sup>138</sup>

In de vorige paragraaf is echter al besproken dat het oordeel dat iets voorshands bewezen wordt geacht, níet uitdrukt dat de rechter met ‘minder’ bewijs genoegen neemt. Het gaat er om dat de rechter vindt dat zij haar bewijsbeslissing al kan geven op basis van de tot dan toe aanwezige bewijsmiddelen in het dossier. Van een verlichting van de positie van een in bewijsnood verkerende partij is hier dan ook geen sprake.<sup>139</sup> Er is geen omkering van de bewijslast en er worden ook geen extra eisen gesteld aan de bewijsvoering van de wederpartij.<sup>140</sup>

Anders ligt het met *wettelijke* of *jurisprudentiële vermoedens*. Bij wettelijke vermoedens is in de materiële wet neergelegd dat uit bepaalde feiten het vermoeden van andere feiten wordt afgeleid (vergelijk paragraaf 5.7). Een bekend voorbeeld is de *faillissementspauliana*: wanneer bepaalde, in de wet omschreven feiten zich hebben voorgedaan, wordt vermoed dat sprake is geweest van *paulianeus* handelen. Tegen dit vermoeden kan dan tegenbewijs worden geleverd. Bij jurisprudentiële vermoedens moet op grond van door de rechter ontwikkelde regels uit bepaalde feiten het vermoeden van andere feiten worden afgeleid, zoals bij de bekende *omkeringsregel*.<sup>141</sup> Hier is wél sprake van een verlegging van het (feitelijke) bewijsrisico; dit ligt bij de partij die tegenbewijs moet leveren.<sup>142</sup> Daarmee wordt het eenvoudiger de betreffende feiten, zoals *faillissementspauliana*, te bewijzen. Ook hier is beoogd de verwezenlijking van de betrokken materiële rechtsnormen te vereenvoudigen en gaat het er dus om een tegemoetkoming te bieden in situaties

136 Zie Jans, De Lange, Prechal en Widdershoven (2007) p. 40 e.v. en p. 301-302; Y.E. Schuurmans (2007) p. 115 e.v. Zie over de invloed van het materiële Europese recht op de bewijslastverdeling in het Nederlands burgerlijk procesrecht H.B. Krans (2010) p. 45 e.v.

137 Daarbij gaat het meestal om zaken waarin schending van het non-discriminatiebeginsel aan de orde is. Zie bijv. HvJ EG 17 juli 2008, JB 2008, 195 m.nt. J.H. Gerards (Coleman).

138 Aldus Stein/Rueb (2009) p. 142.

139 Idem W.D.H. Asser (2004) p. 105; C.J.M. Klaassen (2003); A-G Verkade in zijn conclusie voor HR 15 december 2006, NJ 2007, 203 (punt 4.7); M. Kremer (2005).

140 I. Giesen (2001) p. 13 spreekt over een oneigenlijke bewijslastomkering.

141 Volgens de omkeringsregel moet uit de schending van een verkeers- of veiligheidsnorm het vermoeden van causaliteit van de normschending met de schade worden afgeleid.

142 Strikt genomen is geen sprake van een omkering van bewijslast, vergelijk Snijders-Klaassen-Meijer (2007) p. 214-215; W.D.H. Asser (2010) p. 58.

dat de bewijsnood van een partij eraan in de weg staat dat de rechter de feiten correct vaststelt.

De conclusie van deze paragraaf is daarmee dat regels van bewijslastverdeling geen vast gegeven zijn, waarop de rechter ‘blind’ kan varen. Het belang van waarheidsvinding kan vergen dat de regels worden bijgebogen. In enkele gevallen is dat door de wetgever al gedaan door in het materiële recht gebruik te maken van bewijsvermoedens; in andere gevallen ligt het op de weg van de rechter om met behulp van een jurisprudentieel bewijsvermoeden of het leerstuk van de verzwaarde stelplicht het stelsel van bewijslastverdeling te mitigeren. Dit vergt een actieve opstelling van de rechter, omdat zij moet nagaan of sprake is van een zodanige bewijsnood bij een partij, dat daardoor geen recht kan worden gedaan aan de materiële rechtspositie van die partij, terwijl de wederpartij wél over de relevante bewijsmiddelen beschikt.

Regels van bewijslastverdeling hoeven daarmee niet aan de waarheidsvinding in de weg te staan; de regels kunnen zo worden bijgebogen dat zij de waarheidsvinding bevorderen, zodat het materiële recht verwezenlijkt kan worden. Het is de taak van de rechter om van geval tot geval te beoordelen of dit noodzakelijk is.

## 5.9 Samenvatting

In dit hoofdstuk is eerst ingegaan op de vraag wat bewijzen in de rechterlijke procedure, juridisch bewijzen, nu eigenlijk is. Juridisch bewijzen is niet het met een sluitende, logische redenering aantonen van een bepaald feit, waarmee dat feit na bewijslevering met zekerheid vast komt te staan. Kenmerkend voor juridisch bewijzen is juist dat het altijd is omgeven met *onzekerheid*: het best haalbare resultaat is het trekken van een gerechtvaardigde conclusie over het te bewijzen feit.

Hiermee bevindt juridisch bewijzen zich op één lijn met bewijslevering zoals die plaatsvindt op andere terreinen van feitenonderzoek. Onderzoek dat gericht is op het uitzoeken of vaststellen van feiten of verbanden tussen feiten, zal nooit met absolute zekerheid tot conclusies kunnen komen. Dit geldt zowel voor wetenschappelijk onderzoek als voor meer alledaagse vormen van feitelijke onderzoek; hiertussen is dan ook geen principieel methodologisch onderzoek te maken, zoals wordt betoogd door de wetenschapsfilosofe Susan Haack. In alle gevallen van feitenonderzoek gaat het erom op basis van de verzamelde empirische gegevens en de reeds bestaande kennis, aan de hand van een deugdelijke redenering tot gerechtvaardigde conclusies te komen. De hierbij gehanteerde methodologie van bewijzen laat zich volgens Haack vergelijken met het invullen van een kruiswoordpuzzel. De feitenonderzoeker kijkt naar de al ingevulde hokjes en de gegeven omschrijving, en probeert aan de hand daarvan een passend antwoord in te vullen in de vakjes die nog open zijn. De rechter gaat op dezelfde manier te werk. Aan de hand van het verkregen bewijsmateriaal en de reeds uit het dossier beschikbare

kennis, probeert de rechter tot een beredeneerde bewijsbeslissing komen (*paragraaf 5.2*).

Bewijzen in de procedure onderscheidt zich wel in andere opzichten van bewijslevering op andere terreinen van feitenonderzoek. In de eerste plaats is de rechter bij het verzamelen van het bewijsmateriaal afhankelijk van wat partijen naar voren brengen. Wanneer partijen bewijsmateriaal achterhouden, is het voor de rechter problematisch om de lege hokjes goed in te vullen. De rechter moet daarom zoveel mogelijk erop toezien dat partijen *alle* informatie die van belang kan zijn, in het geding brengen. In de tweede plaats vindt juridisch bewijzen altijd plaats in een procedurele inbedding. Dit brengt mee – vergelijk hoofdstuk 4 – dat de rechter altijd een beslissing *móet* nemen en dat die beslissing bovendien een definitief karakter heeft. Dat laatste maakt het juist voor juridisch bewijzen uitermate belangrijk dat dit zorgvuldig en nauwkeurig plaatsvindt.

Vervolgens is nader bekeken waarom bewijsredeneringen altijd een onzeker karakter hebben. Daarbij is gebruik gemaakt van de theorie van David Schum over bewijzen.

Een bewijsredenering, die er in de kern op neerkomt dat uit een hoeveelheid beschikbare gegevens een gevolgtrekking wordt gemaakt over een bepaald feit of een bepaalde feitelijke stand van zaken, is een inductieve redenering. In een inductieve redenering wordt een sprong gemaakt van de beschikbare gegevens naar het te bewijzen feit. Er zit als het ware altijd ‘lucht’ in. Om duidelijk te maken waar die ‘lucht’ vandaan komt, onderscheidt Schum een aantal kenmerken van bewijsredeneringen. Het bewijsmateriaal waarop de bewijsredenering wordt gestoeld, is incompleet, het bewijsmateriaal is niet beslissend, het bewijsmateriaal is dissonant, het bewijsmateriaal heeft geen eenduidige betekenis en het bewijsmateriaal is niet altijd betrouwbaar. Al deze kenmerken maken dat bewijsredeneringen nooit dwingen tot één bepaalde gevolgtrekking, maar per definitie een onzeker karakter hebben. Dat onzekere karakter wordt nog eens versterkt doordat de generalisaties die nodig zijn om een bewijsredenering te maken, niet altijd houdbaar zijn. Hiermee is duidelijk dat de bewijsbeslissing van de rechter altijd een onzeker karakter heeft. Het bewijsmateriaal leidt niet dwingend tot een bepaalde bewijsbeslissing, maar laat ook andere mogelijkheden open. De rechter moet daarom altijd een keuze maken.

Wanneer bewijsbeslissingen per definitie onzeker zijn, is het de vraag hoeveel zekerheid verlangd moet worden voor een positieve bewijsbeslissing (*paragraaf 5.3*). Vanouds werd aangenomen dat de rechter heel véél zekerheid nodig had om het bewijs van een feit geleverd te achten; tegenwoordig wordt het echter voldoende geacht dat de rechter een *redelijke mate van zekerheid* heeft over de te bewijzen feiten. Dit lijkt méér te zijn dan de in het Engelse en Amerikaanse recht vereiste *preponderance of probabilities*, maar het is ook mogelijk dat de maatstaven in hun praktische uitwerking op hetzelfde neerkomen (*paragraaf 5.4*).

In dezelfde paragraaf is ook ingegaan op het idee van een variabele bewijswaarderingsmaatstaf. Zo’n variabele maatstaf varieert naar gelang de aard van de in

de procedure betrokken belangen, de aard van het geschil of de aard van het geding. Omdat niet duidelijk is hoe deze maatstaf dan van geval tot geval zou moeten worden ingevuld, is dit idee niet onderschreven.

Vervolgens is nagegaan of een gekwantificeerde bewijswaarderingsmaatstaf kan worden gegeven, waarbij in een percentage van waarschijnlijkheid wordt uitgedrukt hoeveel zekerheid de rechter nodig heeft. Dit blijkt echter niet mogelijk te zijn. Frequentistische statistiek is hiervoor niet bruikbaar. Bayesiaanse statistiek is dat wel, maar voor de toepassing hiervan is het nodig om én de diagnostische waarde van een bewijsmiddel én de waarschijnlijkheid van de aanvangshypothese getalsmatig vast te stellen. Beide punten leveren echter problemen op (*paragraaf 5.5*).

Daarom is gezocht naar een alternatief, namelijk het formuleren van een intersubjectieve bewijswaarderingsmaatstaf. Deze overstijgt de subjectieve inschatting van een rechterlijke bewijsbeslissing en leent zich daardoor voor discussie en een uitwisseling van argumenten (*paragraaf 5.6*). Daarbij zijn vier ijkpunten voor het nemen van een bewijsbeslissing gegeven: wat is de relevantie van het bewijsmiddel (*paragraaf 5.6.1*); wat is de kwaliteit van het bewijsmiddel (*paragraaf 5.6.2*); wat is de reikwijdte van de bewijsmiddelen (*paragraaf 5.6.3*) en wat zeggen de bewijsmiddelen over de aangedragen alternatieve hypothese (*paragraaf 5.6.4*).

Aan de hand van deze ijkpunten is de volgende maatstaf gegeven: Een feit is voor de civiele rechter bewezen wanneer uit de beschikbare bewijsmiddelen redelijkerwijs kan worden afgeleid dat het feit zich heeft voorgedaan, en uit die bewijsmiddelen niet even goed kan worden afgeleid dat hetgeen de wederpartij met betrekking tot dat feit stelt, zich heeft voorgedaan, terwijl zich evenmin de situatie voordoet dat bewijsmateriaal dat redelijkerwijs verwacht mocht worden, ontbreekt. Met name het laatste toetsingselement, of sprake is van het ontbreken van bewijsmateriaal dat redelijkerwijs verwacht mocht worden, geeft de maatstaf een flexibel karakter. In situaties dat de kwaliteit van het bewijsmateriaal niet hoog is en het bewijsmateriaal geen grote reikwijdte heeft, maar deze omstandigheden niet kunnen worden tegengeworpen aan de partij met de bewijslast omdat van haar redelijkerwijs niet meer kan worden verwacht, kan de rechter namelijk toch een positieve bewijsbeslissing nemen.

De vraag is dan of er nog een afzonderlijke maatstaf van de aannemelijkheid van feiten nodig is, die in bepaalde gevallen zou gelden in de plaats van de voorgestelde bewijswaarderingsmaatstaf. Dat blijkt echter niet het geval te zijn. Voor zover in de rechtspraak in bepaalde gevallen lagere ('niet te hoge') eisen aan het bewijs worden gesteld dan gebruikelijk is, blijkt het te gaan om situaties waarin zich voordoet dat van de bewijzende partij redelijkerwijs ook niet meer verwacht kon worden. Het hier bereikte resultaat kan derhalve ook verkregen worden met toepassing van de voorgestelde bewijswaarderingsmaatstaf. In de meeste gevallen blijkt het *aannemelijk* zijn van feiten echter een andere betekenis te hebben, namelijk dat geen sprake is van het vaststellen van feiten na bewijslevering, of dat sprake is van een situatie waarin tegenbewijs moet worden geleverd (*paragraaf 5.7*).

Ten slotte is in de laatste paragraaf ingegaan op de relatie tussen bewijslastverdeling en waarheidsvinding. Een verdeling van de bewijslast tussen partijen kan nadelig uitpakken voor de waarheidsvinding, wanneer de partij die de bewijslast draagt, in bewijsnood verkeert. Wettelijke of jurisprudentiële bewijsvermoedens kunnen hieraan tegemoet komen, omdat hierdoor bewerkstelligd wordt dat het aan de wederpartij is het bewijsvermoeden te ontzenuwen. Ook het leerstuk van de verzwaarde stelplicht kan in bepaalde gevallen uitkomst bieden. Hoewel in de rechtspraak tot nu toe slechts beperkt gebruik wordt gemaakt van de verzwaarde stelplicht, laat het leerstuk zien dat het belang van waarheidsvinding kan meebrengen dat de regels van bewijslastverdeling worden genuanceerd. Vereist is dan dat de wederpartij wél in een betere bewijsspositie verkeert.

De rechter moet zich derhalve actief opstellen en in voorkomende gevallen nagaan of een afwijking van de regels van bewijslastverdeling nodig is om te voorkomen dat de materiële rechtspositie van een in bewijsnood verkerende partij in het gedrang komt (*paragraaf 5.8*).



## 6 Getuigenbewijs en waarheidsvinding

*“La preuve testimoniale est la plus fragile, mais en même temps c’est celle sur laquelle on a le plus de prise, celle qui permet le mieux d’approcher la vérité.”<sup>1</sup>*

### 6.1 Inleiding

De feiten die in een rechterlijke procedure bewezen moeten worden, maken bijna altijd deel uit van gebeurtenissen die zich in het verleden hebben voorgedaan. Het gaat om een overeenkomst die twee jaar geleden wel of niet tot stand is gekomen, of om de snelheid van een auto voorafgaand aan een ongeval dat enkele jaren geleden heeft plaatsgevonden. Dergelijke feiten zijn ‘voltooid verleden tijd’: ze hebben zich afgespeeld in het verleden en zijn toen ook afgesloten of voltooid. Ze zijn er niet meer, het zijn *lost facts*.<sup>2</sup> In die zin kijkt de rechter altijd achterom.<sup>3</sup>

Hierdoor kan de rechter de feiten ook niet meer rechtstreeks, door eigen waarneming vaststellen of beoordelen. Het is onontkoombaar dat de rechter afhankelijk is van waarnemingen of gegevens die van anderen afkomstig zijn. Voor de vraag of een overeenkomst tot stand is gekomen, zullen gegevens of verklaringen van de betrokken partijen moeten worden verkregen; om de snelheid van de auto voorafgaand aan het ongeval vast te stellen, kan de rechter wellicht gebruik maken van verklaringen van toevallige omstanders.

In haar afhankelijkheid van waarnemingen of gegevens van anderen staat de rechter niet alleen. De historicus verkeert in een vergelijkbare positie (vergelijk paragraaf 5.2). En in paragraaf 6.2 van dit hoofdstuk zal aan de orde komen dat in feite voor iedereen geldt dat zijn of haar kennis grotendeels berust op verklaringen van derden. In het algemeen staat dit niet in de weg aan het verkrijgen van betrouwbare kennis, maar daarbij is van essentieel belang dat de betrokken derde geloofwaardig is.

1 Henri Lévy-Bruhl (1964) p. 126.

2 Giovanni Tuzet (2003) p. 42, met verwijzing naar Christopher Hooway.

3 Asser-Vranken (2005) p. 14. Idem R.C. Hartendorp (2008) p. 110.



En daarmee is direct het probleem van de rechter gegeven: is de door een getuige afgelegde verklaring in overeenstemming met de werkelijke gang van zaken, en hoe kan de rechter vaststellen of de getuige een waarheidsgetrouwe verklaring aflegt? Veel getuigen in civiele procedures zijn op een of andere wijze betrokken bij de procedure, zodat de vraag rijst of ze onafhankelijk zijn. Bovendien kunnen getuigen zich vergissen en een verklaring afleggen die niet waarheidsgetrouw is. De praktijk is dat de rechter vaak te maken heeft met tegenstrijdige getuigenverklaringen en dan zal moeten beoordelen aan welke verklaring zij meer of minder geloof hecht. Dit is uitermate lastig en de rechter zal bij de waardering van getuigenbewijs het gevoel kunnen hebben een letterlijk geblinddoekte Vrouwe Justitia te zijn. Vandaar een verzuchting over het getuigenbewijs als die van Star Busmann:

*“Hoe troebel is de bron waaruit de rechter put”.<sup>4</sup>*

Net zo oud als het getuigenbewijs is dan ook het probleem hoe de rechter het kaf van het koren kan scheiden; hoe de rechter om moet gaan met de mogelijke onbetrouwbaarheid van het getuigenbewijs.

Getuigen spelen in de civiele procedure een belangrijke rol, alleen al omdat in veel zaken – denk bijvoorbeeld aan vorderingen uit onrechtmatige daad – geen schriftelijk bewijs beschikbaar is. Ook forensisch bewijs is in de civiele procedure zelden aan de orde, terwijl slechts in een kleine minderheid van de zaken gebruik wordt gemaakt van deskundigenberichten. Als bewijsmiddel blijft dan over de verklaring van een getuige.

Maar het zou niet juist zijn om het belang van getuigenverklaringen alleen negatief te omschrijven, alsof de rechter zich bij gebrek aan beter maar met getuigenverklaringen moet zien te redden. Van Boneval Faure noemt het bewijs door getuigen een *natuurlijk* bewijsmiddel:

*“Een natuurlijk en voor de hand liggend bewijsmiddel is het bewijs door getuigen reeds daarom, wijl, voordat aan te boekstelling van voorgevallen feiten gedacht kon worden, de getuigenis daarvan bewaard werd door hen die er bij tegenwoordig waren.”<sup>5</sup>*

Met andere woorden, wie ooggetuige is geweest van bepaalde feiten, is bij uitstek degene die in de positie is om daarvan verslag te doen en de rechter in staat te stellen de werkelijke gang van zaken te achterhalen. Getuigen zijn, zoals een bekende uitspraak van Jeremy Bentham luidt, *“the eyes and ears of justice”*.<sup>6</sup> De getuige is degene die het dichtst in de buurt is geweest bij de *‘lost facts’*, letterlijk

4 C.W. Star Busmann (1915) p. 131.

5 R. van Boneval Faure (1896) p. 2. Zie ook Asser/Anema & Verdam (1953) p. 242 en M. Storme (1963) p. 230.

6 Onder meer aangehaald door H. Nagel (1967) p. 239.

of figuurlijk, en is daarom de beste bron voor waarheidsvinding, zo was de gedachte van Bentham.<sup>7</sup>

Vóór de invoering van de getuige in zijn huidige vorm, de waarnemingsgetuige, kende het Romeins-canonieke procesrecht in de 12<sup>e</sup> en 13<sup>e</sup> eeuw alleen de zogeheten eedhelpers of solemniteitsgetuigen. De rol van deze getuigen was niet het afleggen van een verklaring over waargenomen feiten, maar de bevestiging van de waarheidsgetrouwheid van een partij of, specifiek in strafzaken, ondersteuning van diens onschuldseed.<sup>8</sup>

Waarnemingsgetuigen hadden een fundamenteel andere betekenis dan solemniteitsgetuigen: zij moesten uit eigen waarneming verklaren over wat zij hadden gezien of gehoord ten aanzien van de betwiste feiten. Daarmee werd voor het eerst de persoonlijke waarneming gezien als bron van kennis voor de rechter en ging het niet louter om autoriteitsverlening aan de verklaring van een ander. Bovendien stond bij de waarnemingsgetuige niet langer de persoon van de getuige centraal, maar ging het om diens uitspraak.<sup>9</sup> De waarnemingsgetuige was zo een belangrijke stap voorwaarts in de rationalisering en modernisering van de bewijsvoering, zoals die aan het einde van de Middeleeuwen was ingezet.<sup>10</sup>

Ondanks het aan het getuigenbewijs klevende nadeel van onbetrouwbaarheid – dat, zoals nog uitgebreid aan de orde komt, in zekere zin onoplosbaar is –, is het daarom zaak om de rol van de getuige óók positief te waarderen en getuigenbewijs te onderkennen als een belangrijk middel tot rechterlijke waarheidsvinding.

Een eerste reden hiervoor is dat bij een getuigenverhoor een mondeling en rechtstreeks contact tot stand wordt gebracht tussen rechter en getuige. Dit rechtstreekse contact maakt het voor de rechter mogelijk om een getuige vragen te stellen over zaken die in de schriftelijke processtukken onduidelijk of onderbelicht zijn gebleven. De rechter kan doorvragen en de vinger leggen op inconsistenties of gebleken onwaarheden. De rechter kan het verhaal van een partij – of het verhaal dat de advocaat van het partij-verhaal heeft gemaakt – toetsen en confronteren met het verhaal van de wederpartij. Kortom, een getuigenverhoor heeft alle in paragraaf 2.4 besproken voordelen die in het algemeen toekomen aan een mondelinge behandeling.

Een tweede reden is dat een getuigenverhoor de rechter beter in staat stelt een correct en volledig beeld van de werkelijke gang van zaken te verkrijgen. Door het horen van getuigen kan de rechter immers de beschikking krijgen over informa-

7 Zoals in paragraaf 5.6.2 is aangegeven, gold het getuigenbewijs ooit als een superieure vorm van bewijs ten opzichte van schriftelijk bewijs (*témoins passent lettres*), terwijl later schriftelijk bewijs de voorkeur had (*lettres passent témoins*). Wellicht zullen in de toekomst digitale of fotografische bewijsmiddelen het getuigenbewijs naar de achtergrond dringen. In de huidige rechtspraktijk is dat echter nog niet het geval.

8 H. Nagel (1967) p. 239; Jean-Philippe Lévy (1965) p. 49; Susanne Lepsius (2003-I) p. 11.

9 Susanne Lepsius (2003-II) p. 81.

10 Susanne Lepsius (2003-I) p. 13 e.v. Ook het klassieke Romeinse recht kende al de waarnemingsgetuige.

tie waarover zij nog niet eerder de beschikking had. Daarmee wordt de reikwijdte van de bewijsmiddelen vergroot, waardoor de rechter beter in staat is een verantwoorde bewijsbeslissing te nemen. Vergelijk hierover paragraaf 5.6.3.

Een derde reden is ten slotte dat het horen van getuigen recht doet aan het processuele aspect van waarheidsvinding (vergelijk paragraaf 2.5). Door een partij die getuigen aandraagt die volgens haar een ondersteuning kunnen bieden van de door haar te bewijzen feiten, ook daadwerkelijk de gelegenheid te bieden de getuigen door de rechter te laten horen, kan de partij participeren in het proces van waarheidsvinding. Dat draagt bij aan de legitimiteit van de rechterlijke uitspraak.

Dat getuigenbewijs een belangrijk middel tot waarheidsvinding is, komt op verschillende punten in het procesrecht naar voren. Daarbij is vooral te noemen de regel dat de rechter verplicht is wanneer een partij dat wenst, bewijs door middel van getuigenverklaringen te aanvaarden. Dit geldt zowel voor bij een verzoek om een getuigenverhoor in een aanhangige procedure (art. 166 Rv) als bij een voorlopig getuigenverhoor (art. 186 Rv).<sup>11</sup> Dit is een verankering van het recht op getuigenbewijs van partijen, waarmee een belangrijke basis is gegeven voor de sterke positie van het getuigenbewijs in de rechterlijke procedure.

Verder onderstreept ook het onderscheid dat in de rechtspraak wordt gemaakt tussen als bewijs ingebrachte schriftelijke verklaringen – dat geldt als ‘gewoon’ schriftelijk bewijs – en verklaringen die als getuige ten overstaan van de rechter worden afgelegd, het belang van getuigenbewijs.<sup>12</sup> Ook de op getuigen rustende getuigplicht, waaraan reeds aandacht is besteed in paragraaf 2.4.3, onderstreept het belang dat in het recht wordt toegekend aan getuigenbewijs.

Gezien deze aan het getuigenbewijs verbonden voordelen, is het een zorgelijke ontwikkeling dat in de praktijk van de afgelopen jaren juist minder gebruik wordt gemaakt van het getuigenbewijs.<sup>13</sup> In plaats van het opdragen van bewijs, beperkt de rechter zich steeds vaker tot een beoordeling van de vraag of stellingen voldoende gemotiveerd naar voren zijn gebracht of juist zijn betwist; zie over deze ontwikkeling al paragraaf 1.5.2 en 1.5.3. Dit gaat ten koste van de waarheidsvinding; de rechter ontnemt zich bij voorbaat de mogelijkheid dat de informatie die naar voren komt in getuigenverklaringen, kan bijdragen aan een correcte vaststelling van de feiten.

Een prangende vraag is echter hoe de rechter door middel van getuigenbewijs dichterbij de waarheid, bij een correcte vaststelling van de feiten kan komen. Dit is de centrale vraag van dit hoofdstuk.

Daarbij zal eerst worden ingegaan op de beperkingen die vanouds golden voor het getuigenbewijs, juist omdat het als een onbetrouwbare bron van kennis voor

11 Zoals bekend geldt de regel binnen de grenzen dat sprake is van een relevant en gespecificeerd bewijsaanbod.

12 HR 19 december 2003, NJ 2004, 151; vergelijk ook HR 9 december 2005, NJ 2006, 560.

13 Zie voor een beperkte cijfermatige onderbouwing M.A.J.M. Ahsmann (2010).

de rechter werd beschouwd. Met het oog op het belang van waarheidsvinding in de procedure en de daarvoor benodigde oordeelsvrijheid van de rechter, zijn in de loop van de twintigste eeuw al deze beperkingen afgeschaft. De rol die getuigenbewijs in de procedure kan spelen, is daarmee vergroot.

Maar het probleem van onbetrouwbaarheid van getuigenverklaringen is natuurlijk niet verdwenen. Dit probleem is geheel verschoven naar de rechter, die maximale vrijheid heeft gekregen bij de waardering van het getuigenbewijs en die vrijheid zo moet zien aan te wenden dat waarheidsgetrouwe getuigenverklaringen leiden tot een positieve bewijsbeslissing en niet waarheidsgetrouwe verklaringen buiten beschouwing blijven (paragraaf 6.2).

Gelet op die rechterlijke vrijheid is het opvallend dat er in de rechtspraak of literatuur nauwelijks richtlijnen of normen zijn ontwikkeld die de rechter hierbij in acht zou kunnen of moeten nemen.<sup>14</sup> Mogelijk wordt aangenomen dat de rechter hier op haar eigen overtuiging of *conviction intime* dient af te gaan, maar dit is geen bevredigend uitgangspunt, zo zal worden betoogd (paragraaf 6.3).

Om tot een beter bruikbare maatstaf voor de waardering van getuigenbewijs te komen, zal eerst nader worden ingegaan op de problematiek van getuigenbewijs als bron van kennis (paragraaf 6.4 en paragraaf 6.5). Vervolgens zullen vier criteria worden geformuleerd die de rechter bij de waardering van getuigenbewijs kan gebruiken: relevantie, consistentie, kwaliteit en coherentie (paragraaf 6.6). Deze elementen zijn deels ook al te vinden in het afgeschafte art. 1945 BW-oud, maar worden hier in opgefriste vorm opgediend. Hierna zal worden nagegaan wat toepassing van deze criteria de rechter oplevert bij de te nemen beslissing (paragraaf 6.7).

Afzonderlijke bespreking verdient dan nog de verklaring van de partijgetuige, die in de wet een status aparte heeft (paragraaf 6.8). Ten slotte zal aandacht worden besteed aan het gegeven dat getuigenverklaringen altijd op interpretatie berusten en dat ook de rechterlijke beoordeling van die verklaringen interpretatie behelst (paragraaf 6.9).

## 6.2 Getuigenbewijs en vrije bewijswaardering

Het probleem dat getuigenverklaringen mogelijk niet waarheidsgetrouw zijn, is vanouds langs verschillende wegen tegemoet getreden. Het doel daarbij was steeds om vanwege de mogelijke onbetrouwbaarheid van getuigenverklaringen ‘*voorbehoedmiddelen*’ in te zetten om te voorkomen dat de rechter zich zou laten leiden door niet waarheidsgetrouwe getuigenverklaringen en daardoor bewijsbeslissingen zou nemen die in strijd waren met de waarheid.<sup>15</sup> Het getuigenbewijs werd daarom

14 Vergelijkbaar W.D.H. Asser (2010) p. 42. Zie slechts T.R. Hidma (2005) en R.J.B. Boonekamp (2003).

15 R. van Boneval Faure (1896) p. 3.

slechts ‘*binnen zekere grenzen en onder zekere omstandigheden toegelaten*’, om daardoor de aan getuigenbewijs ‘*verbonden gevaren zoveel mogelijk af te weren*’.<sup>16</sup> Vanwege het belang van waarheidsvinding, van een correcte feitenvaststelling, werd getuigenbewijs dus op verschillende wijzen begrensd.

Zo werd in de eerste plaats getracht om ongeloofwaardige getuigenverklaringen buiten de procedure te houden. Personen die de eed niet konden afleggen omdat zij geen christelijke geloofsovertuiging hadden, werden niet toegelaten als getuige.<sup>17</sup> De eed – het meest bekende en oudste middel om geloofwaardige getuigenverklaringen te verkrijgen –,<sup>18</sup> had immers tot doel om de waarachtigheid van de af te leggen verklaring te waarborgen; wanneer dit niet mogelijk was, had het weinig zin om de getuige een verklaring te laten afleggen. Terzijde: dat de eed (of belofte) ook thans nog moet worden afgelegd door getuigen, is feitelijk een overblijfsel van die oude, en achterhaalde, gedachte dat het afleggen van een eed waarborgt dat een waarachtige verklaring wordt afgelegd.<sup>19</sup> Hier is sprake van een residu van ‘religieuze bewijsvoering’ in het recht,<sup>20</sup> waarvoor geen rationele rechtvaardiging meer bestaat.<sup>21</sup>

Ook andere personen werden uitgesloten van de mogelijkheid om als getuige een verklaring af te leggen, omdat zij niet in staat zouden zijn tot het afleggen van waarheidsgetrouwe verklaringen.<sup>22</sup> Verder golden allerlei beperkingen ten

16 G. Diephuis (1884) p. 207.

17 H. Nagel (1967) p. 91; Barbara J. Shapiro (2000) p. 19-21. In het huidige recht geldt dat een getuige ‘die de betekenis van de eed niet voldoende kan beseffen’ en getuigen die de leeftijd van 16 jaar nog niet hebben bereikt, niet de eed afleggen (art. 177 lid 3 Rv). Zij kunnen echter wel een getuigenverklaring afleggen, waarbij de rechter hen moet aansporen de waarheid te spreken. Zo’n verklaring heeft dezelfde bewijskracht als een beëdigde verklaring, zij het dat een positieve bewijsbeslissing die berust op een zodanige verklaring, door de rechter van een motivering moet zijn voorzien (art. 177 lid 3, slotzin Rv). Onder het oude recht mocht de rechter dergelijke verklaringen niet aan de bewijsbeslissing ten grondslag leggen. Volgens A. Pitlo (1950) p. 102, hadden deze personen de functie van ‘speurhond’: een speurhond is geen bewijsmiddel, maar kan de rechter wel op ideeën brengen.

18 Volgens Sadakat Kadri (2005) p. 18, “*for as long as humanity*”. Zie over de rol van de eed in de juridische procedure ook Henri Lévy-Bruhl (1964) p. 85 e.v.

19 Vergelijk Crombag, Van Koppen en Wagenaar (2006) p. 253, die stellen dat de eed slechts een pressiemiddel is ‘*om getuigen de ernst van de situatie duidelijk te maken*’.

20 Jean Devèze (1980) p. 421. C.W. Star Busmann (1915) p. 177, noemt de eed een ‘*minderwaardig hoewel onmisbaar middel tot vaststelling der waarheid*’.

21 Volstaan zou ook kunnen worden met een serieuze aansporing aan getuigen dat naar waarheid moet worden verklaard. Argument daarvoor is ook dat bij kinderen en anderen ‘die de betekenis van de eed niet voldoende kunnen beseffen’, het niet afleggen van de eed niet afdoet aan de bruikbaarheid van hun verklaring bij de bewijsbeslissing. Zie ook W.D.H. Asser (2009) p. 31: ‘*de eed zou ook best achterwege kunnen blijven*.’

22 In art. 1949a BW-oud werden als onbekwame getuigen uitgesloten kinderen onder de 15 jaar en zij die wegens krankzinnigheid onder curatele waren gesteld. Oudere rechtsstelsels kenden vergelijkbare uitsluitingen: misdadigers, geestelijk gestoorden, kinderen, vrouwen. Zie Barbara J. Shapiro (2000) p. 13 en John Gillissen (1965) p. 807 e.v.

aanzien van bepaalde individuele personen die als getuige konden optreden, zoals het verbod op de partijgetuige en de onbevoegdheid om te getuigen voor de echtgenoot en verwanten van een partij.<sup>23</sup> Daarnaast was er de mogelijkheid om bepaalde getuigen door middel van wraking te weren.<sup>24</sup>

Behalve door het niet toelaten als getuige van personen die wellicht geen waarheidsgetrouwe verklaring zouden afleggen, vond een verdere beperking plaats door niet in alle procedures getuigenbewijs toe te staan. Bij verbintenissen uit overeenkomst waarmee een bedrag van meer dan f300 was gemoeid, was bewijsoverlevering door getuigenverklaringen uitgesloten (art. 1933 BW-oud; afgeschaft in 1923).<sup>25</sup>

Een andere, vergaande maatregel om te voorkomen dat de rechter haar beslissing zou baseren op niet-waarheidsgetrouwe getuigenverklaringen, was de regel *unus testis, nullus testis*, die inhield dat de verklaring van één getuige in rechte geen geloof verdiende, wanneer er geen ander middel van bewijs aanwezig was (art. 1942 BW-oud).<sup>26</sup> De regel is stokoud en gold in vele rechtsstelsels.<sup>27</sup>

Ten slotte is er een lange traditie van handreikingen of beoordelingscriteria voor de rechter (of jury) om de geloofwaardigheid van getuigenverklaringen vast te stellen.<sup>28</sup> Ook het tot 1988 geldende Nederlandse bewijsrecht bevatte in art. 1945 BW-oud een dergelijke instructie:

*“In de beoordeling der waarde van de getuigenis, moet de regter bijzonder acht geven op de onderlinge overeenkomst der getuigen, op de overeenstemming der getuigenissen met hetgeen van elders aangaande de zaak in het geding bekend is, op de beweegredenen, welke de getuigen kunnen hebben gehad om de zaak op deze of gene wijze voor te dragen, op de levenswijze, de zeden en den stand der getuigen, en in het algemeen,*

23 Deze getuigen waren ‘betrekkelijk onbevoegd’ (art. 1947 BW-oud).

24 Vanwege verwantschap, het in een bijzondere relatie verkeren ten opzichte van een der partijen of vanwege een strafrechtelijke veroordeling (art. 1950 BW-oud).

25 Ook golden nog enkele andere, geclausuleerde, uitsluitingen, zie R. van Boneval Faure (1896) p. 15 e.v.; G. Diephuis (1884) p. 212-213. Ook ten aanzien van het bepaalde in een akte of over hetgeen gezegd zou zijn bij het opmaken van een akte, was geen getuigenbewijs toegelaten (art. 1934 BW-oud; afgeschaft in 1935). Zie over art. 1934 BW-oud J.F. Engelbrecht (1887).

26 Die laatste toevoeging nuanceert het bereik van de regel, want wanneer er wel een begin van bewijs in schriftelijke stukken aanwezig was (in oud-BW terminologie: een vermoeden), kon de verklaring van één getuige, de rechter wel tot een positieve bewijsbeslissing leiden.

27 De regel is te vinden in het bijbelboek Deuteronomium XIX:15 en in het Corpus Iuris Civilis van keizer Justinianus. Zij gold overigens niet in het klassieke Romeinse recht. Zie over de geschiedenis van de *unus testis, nullus testis*-regel nader Susanne Lepsius (2003-I) p. 9; John Gilissen (1965) p. 801 e.v.; J.C. de Miranda (1941) p. 306 e.v.; R. van Boneval Faure (1896) p. 27 e.v.; J. Offerhaus (1924) p. 38.

28 Bekend zijn al de aanwijzingen van keizer Hadrianus bij de beoordeling van getuigenbewijs, waarover Susanne Lepsius (2003-I) p.7 e.v. en Opzoomer-Lévy (1904) p. 51 e.v. Zie Barbara J. Shapiro (2000) p. 14 e.v. over de criteria in het 16<sup>e</sup> en 17<sup>e</sup> eeuwse Engeland, waarvan sommige hun oorsprong hadden in het Romeinse recht.

*op alles wat op derzelver meerdere of mindere geloofwaardigheid invloed zouden kunnen hebben.”*

Het doel van deze bepaling was, wederom, te bevorderen dat de rechter haar beslissing uitsluitend zou baseren op waarheidsgetrouwe getuigenverklaringen.

Inmiddels zijn echter alle hiervoor besproken regels afgeschaft.<sup>29</sup> Iedereen is bevoegd om als getuige op te treden en in alle zaken is getuigenbewijs toegelaten. De ratio van de afschaffing van de beperkende regels is dezelfde die er ooit was voor het bestaan van de regels: het belang van waarheidsvinding. Thans is de heersende opvatting immers – als gevolg van enerzijds nieuwe inzichten over kennisverwerving en anderzijds een toegenomen vertrouwen in de rechter – dat de rechter met het oog op waarheidsvinding juist maximale vrijheid moet hebben bij het horen van getuigen en bij de waardering van getuigenbewijs.

In lijn met het voorgaande is ook de instructie aan de rechter bij de waardering van getuigenbewijs vervallen.<sup>30</sup> In de literatuur werd die overigens toch al van weinig nut geacht.<sup>31</sup> Bij de invoering van het nieuwe bewijsrecht in 1988 was de wetgever van mening dat de rechter zich wel zelf kon redden:

*“Hoezeer de wetgever zich er rekenschap van moet geven dat de waardering van getuigenbewijs de uiterste omzichtigheid vergt, een bepaling als die van artikel 1945 BW, welke de rechter vermaant te letten op alles wat op de geloofwaardigheid van getuigenissen invloed kan hebben heeft slechts beperkte betekenis. De rechter die voor zijn taak is berekend behoeft een dergelijke waarschuwing niet, en de rechter die het niet is, zal er niet wijzer van worden.”*<sup>32</sup>

Daarmee resteert het beginsel van de vrije bewijswaardering en is het aan het eigen inzicht van de rechter overgelaten om te bepalen welke waarde zij toekent aan getuigenverklaringen. De enige bijzondere regel die nog geldt, is te vinden in art.

29 Hiervoor was al vaak gepleit, zie bijvoorbeeld de NJV-pleidvies van A.A. de Pinto (1879) en J. Rombach (1879). Een belangrijke mijlpaal was het ontwerp van de Staatscommissie-Gratama (1920), waarin de vrije bewijsleer was neergelegd en afscheid werd genomen van vele beperkende regels. Vergelijk paragraaf 2.7. Een pleidooi om de laatste restjes van beperkende regels voor het getuigenverhoor af te schaffen is te vinden bij C.W. Star Busmann (1938).

30 Zie over de bepaling onder meer Asser/ Anema & Verdam (1953) p. 259-261; J.C. de Miranda (1946) p. 319-322; G. Diephuis (18 74) p. 25-29.

31 De kern van de kritiek was dat het bij het bepalen van de betrouwbaarheid van een getuige of diens verklaring, uiteindelijk toch aankomt op het persoonlijk inzicht van de rechter. Het heeft geen zin om daarvoor regels te geven. Asser/Anema & Verdam (1953) p. 261: “Niet door dergelijke wettelijke aanmaningen, maar door de inrichting der procedure en de wettelijke en morele vereisten voor het rechterschap moet hier het beoogde doel worden bereikt.” En W.L. Haardt (1951) p. 97: “Het nut dezer bepalingen is twijfelachtig. Zij hebben niet ten gevolge gehad, dat de waardering van het bewijs onder controle van de cassatierechter gebracht is. Het bezwaar lijkt mij, dat de bepalingen voor het concrete geval eigenlijk altijd of te veel of te weinig steun geven.”

32 Parlementaire geschiedenis nieuw bewijsrecht (1988) p. 168.

164 lid 2 Rv, dat bepaalt dat de verklaring van een partijgetuige slechts als aanvullend bewijs kan dienen.

Vanuit het gezichtspunt van waarheidsvinding moet de vrije waardering van getuigenbewijs positief worden gewaardeerd. Het toekennen van een vaste bewijskracht aan getuigenverklaringen, evenals het bij voorbaat niet toelaten van getuigen, is niet de aangewezen weg om tot een correcte vaststelling van de feiten te komen en past niet in een modern bewijsrecht. Om die reden zou de enige bepaling die de rechter thans nog belemmert bij de vrije bewijswaardering van getuigenbewijs – de regel dat de verklaring van een partij beperkte bewijskracht heeft – moeten worden afgeschaft. Hierop zal nog nader worden ingegaan in paragraaf 6.8.

De vrije waardering van getuigenbewijs roept echter wel de vraag op *hoe* de rechter die vrijheid dan moet invullen.<sup>33</sup> Getracht zal worden een werkbare invulling aan die vrijheid te geven; deze zal, zo blijkt in paragraaf 6.6, dicht in de buurt komen van de instructie die was vervat in art. 1945 BW-oud.

### 6.3 De waardering van getuigenbewijs en de rechterlijke overtuiging

De heersende opvatting in de literatuur lijkt te zijn dat het bij de waardering van getuigenbewijs gaat om de innerlijke overtuiging van de rechter. Het komt er dan op aan of de rechter *‘innerlijk van het bestaan van het te bewijzen feit is overtuigd’*.<sup>34</sup> Wanneer de waardering van getuigenbewijs een kwestie is van de innerlijke overtuiging van de rechter, de *conviction intime*, draait alles om de vraag die de rechter zich moet stellen: *ben ik overtuigd?*<sup>35</sup> Het antwoord hierop bepaalt of het bewijs wel of niet geleverd is. Daarmee is het de intuïtie van de rechter over het bijgebrachte bewijs, die beslissend is voor de bewijswaardering.<sup>36</sup>

Het is echter weinig bevredigend om de innerlijke overtuiging of de intuïtie van de rechter centraal te stellen bij de bewijswaardering. In de eerste plaats biedt ‘de rechterlijke overtuiging’ de rechter zélf geen handvat bij de bewijswaardering. De vraag of de rechter zich overtuigd acht, is ook voor de rechter pas te beantwoorden wanneer ‘het overtuigd zijn’ op een of andere wijze wordt geoperationaliseerd, dat wil zeggen wanneer duidelijk is in welke gevallen of onder welke omstandig-

33 Zie in deze zin J.C. de Miranda (1946) p. 319: “*Hoe minder beperkingen er aan het bewijs door getuigen in den weg worden gelegd, hoe minder in aantal de uitzonderingen worden op de algemeene toelaatbaarheid van dit bewijsmiddel en in hoe meer gevallen de verschoonbaarheid, de onbekwaamheid en de onbevoegdheid van getuigen worden ingeperkt, des te meer zal het belang van art. 1945 BW toenemen.*” Vergelijk ook W.D.H. Asser (2009) p. 41 e.v., met betrekking tot de onvoorspelbaarheid van de rechterlijke bewijswaardering.

34 F.G. Scheltema (1939) p. 101. Volgens Scheltema geldt dit criterium bij de waardering van alle bewijs als uitgangspunt.

35 Vergelijk het in 1995 uitgebrachte rapport ‘*Ben ik overtuigd?*’ van de werkgroep medische toetsing van de sectoren bestuursrecht (A.H.L. Lennaerts e.a.), over de waardering van medisch bewijs in WAO-zaken.

36 R.J.B. Boonekamp (2003) p. 30.



heden sprake zou moeten of kunnen zijn van rechterlijke overtuiging. Vergelijk hierover ook paragraaf 5.7: een maatstaf die bepaalt dat het bewijs is geleverd wanneer de rechter (een beetje of in sterke mate) overtuigd is, is in feite inhoudsloos.

De vrije bewijswaardering van getuigenbewijs lijkt bijna een kwestie van moraliteit van de individuele rechter te zijn. Zo zegt Scheltema:

*“Wanneer de wetgever volstaat met toekenning van vrije bewijskracht, beteekent dit, dat de taak, de bewijskracht van het middel te bepalen, volledig op den rechter rust. Die taak onderschatte men niet; haar juiste vervulling eischt een groote hoeveelheid tact, geduld en mensenkennis, eigenschappen geenszins van specifiek juridischen aard, waarvan de afwezigheid iemand niet noodzakelijk een slecht jurist, maar wel, naar het ons voorkomt, een slecht rechter doet zijn.”<sup>37</sup>*

Dat de persoon van de rechter van belang is bij de bewijswaardering, net als bij andere rechterlijke beslissingen, moge zo zijn, maar daarmee is niet gezegd dat de methodologische vraag naar bewijswaardering moet worden teruggebracht tot een kwestie van persoonlijk inzicht van de rechter. Ook voor de bewijswaardering geldt dat de rechter over een ‘gereedschapskist’ moet beschikken, waarmee zij argumenten kan construeren. Het enkel verwijzen van de rechter naar haar persoonlijke inzicht, naar haar mensenkennis, is niet voldoende.

In de tweede plaats levert ‘de rechterlijke overtuiging’ geen toereikende motivering op van de bewijsbeslissing. Zo’n motivering is van essentieel belang: volgens vaste rechtspraak moeten rechterlijke beslissingen zodanig zijn gemotiveerd dat zij voldoende inzicht bieden in de aan haar ten grondslag liggende gedachtegang, om de beslissing zowel voor derden, de hogere rechter daaronder begrepen, als voor partijen controleerbaar en aanvaardbaar te maken.<sup>38</sup>

De Hoge Raad legt voor bewijsbeslissingen echter een lichtere maatstaf aan. Weliswaar stelt de Raad dat ook ten aanzien van het oordeel dat bewijs is geleverd, ‘het grondbeginsel [geldt] dat elke rechterlijke beslissing tenminste zodanig moet worden gemotiveerd dat zij voldoende inzicht geeft in de aan haar ten grondslag liggende gedachtegang.’<sup>39</sup> Dit betekent, zo was aan de orde in het betreffende arrest, dat de rechter moet motiveren op grond van welke bewijsmiddelen zij een bepaalde bewijsbeslissing neemt. De Raad zegt echter ook dat de rechter bij de bewijswaardering in beginsel slechts een *beperkte* motiveringsplicht heeft, afhankelijk van de aard van het bewijsmateriaal, en de aard en de mate van precisering

37 F.G. Scheltema (1939) p. 428.

38 Zie onder meer HR 29 juni 2001, NJ 2001, 495; HR 25 oktober 2002, NJ 2003, 171; HR 9 juni 2006, NJ 2006, 327; HR 4 juni 1993, NJ 1993, 659. Zie over de eisen die art. 6 EVRM stelt aan de motivering van rechterlijke uitspraken P. Smits (2008) 146 e.v.

39 HR 16 oktober 1998, NJ 1999, 7.

van de daartegen door partijen aangevoerde bezwaren.<sup>40</sup> De rechter hoeft ook niet te motiveren waarom zij al dan niet geloof hecht aan de verklaringen van een getuige.<sup>41</sup> De rechtspraak is hiermee niet echt helder; veel wordt kennelijk overgelaten aan de casuïstiek, aan de wijze waarop het debat tussen partijen zich in het concrete geval ontwikkelt.

Het zou echter beter zijn om steeds het ‘grondbeginsel’ van de rechterlijke motiveringsplicht voorop te stellen en steeds te vergen dat uit de beslissing kan worden afgeleid op grond van welke argumenten de rechter het bewijs wel of niet geleverd acht. Het argument ‘*de rechter acht zich wel/niet overtuigd*’, voldoet niet aan deze eis, omdat niet duidelijk wordt waaróm het bijgebrachte bewijs wel of niet overtuigt. Juist omdat de waardering van getuigenbewijs zo lastig is, is er alle reden om *altijd* een steekhoudende motivering van de bewijsbeslissing te vergen en te eisen dat de rechter expliciteert welke argumenten zij heeft gehanteerd bij de bewijswaardering.<sup>42</sup>

In de derde plaats, samenhangend met de eerder genoemde argumenten, kan ‘de rechterlijke overtuiging’ er niet voor zorgen dat bewijswaardering meer is dan een louter subjectieve inschatting van de rechter. De innerlijke overtuiging van de rechter refereert aan de eigen, hoogstpersoonlijke opvatting, misschien wel het hoogstpersoonlijke gevoel, van de rechter over de waarheidsgetrouwheid van de afgelegde getuigenverklaringen.<sup>43</sup> Die opvatting of dat gevoel is een privé-zaak en leent zich daardoor niet voor discussie, toelichting of uitleg; het wordt een kwestie van *smaak* of persoonlijke voorkeur van de rechter. Daarmee wordt echter tekort gedaan aan het al eerder genoemde argumentatieve karakter van rechtspraak, waar het juist gaat om de uitwisseling van argumenten. Voor argumenten heeft de rechter, in de terminologie van Vranken, gereedschap nodig, dat wil zeggen maatstaven, richtlijnen en gezichtspunten.<sup>44</sup> Om dezelfde reden is in hoofdstuk 5 een intersubjectieve bewijswaarderingsmaatstaf bepleit: het gaat erom met behulp

40 HR 5 december 2003, NJ 2004, 74. Vanwege deze beperkte motiveringsplicht kan niet gezegd worden dat ook in het civiele recht de strafrechtelijk maatstaf van *conviction raisonnée* (beredeneerde overtuiging) geldt, die inhoudt dat de rechter altijd moet motiveren waarom zij de overtuiging heeft bekomen. Zie over deze strafrechtelijke maatstaf J.F. Nijboer (2008) p. 39 e.v.; H.F.M. Crombag, P.J. van Koppen en W.A. Wagenaar (2006) p. 47; J.M. Reijntjes (1980) p. 156.

41 A-G Strikwerda in zijn conclusie onder punt 9 voor HR 11 februari 1994, NJ 1994, 651 met verwijzing naar HR 25 oktober 1935, NJ 1936, 616 en HR 4 november 1966, NJ 1967, 13.

42 Op het belang van een motivering van bewijsbeslissingen is met name ook gewezen door J.F. Nijboer (2008). Vergelijk ook Aly A. Rached (1942) p. 149, die het motiveren ziet als een van de middelen tot objectivering van de ‘conviction intime’ en in vergelijkbare zin Gerhard Walter (1979) p. 324 e.v.

43 Vergelijk Heinrich Nagel (1967) p. 72 e.v. Zie ook J.M. Reijntjes (1980) p. 37, die zich verzet tegen het idee dat de (strafrechtelijke) bewijsbeslissing een louter subjectieve karakter zou hebben.

44 J.B.M. Vranken (1995) p. 75-76: “*Objectivering veronderstelt maatstaven, richtlijnen en gezichtspunten. Zij dienen de rechter bij zijn proces van meningsvorming en overtuiging tot leidraad. Ik zou ze willen aanmerken als het gereedschap [van de rechter – RHdB]*”.

van *bediscussieerbare argumenten* te motiveren waarom het bewijs wel of niet geleverd is, ook als het gaat om de waardering van getuigenbewijs.<sup>45</sup>

In de vierde en laatste plaats is ‘de rechterlijke overtuiging’ een weinig handzaam begrip is, omdat het in verschillende betekenissen wordt gebruikt. Soms is de rechterlijke overtuiging (de ‘*conviction intime*’) een synoniem voor het beginsel van de vrije bewijswaardering. Het begrip houdt dan in dat er geen wettelijke regels zijn die de bewijskracht van bepaalde bewijsmiddelen voorschrijven, maar dat het aan het eigen inzicht van de rechter is overgelaten het bewijs te waarderen; het beginsel van de vrije bewijskracht dus (vergelijk paragraaf 5.2).<sup>46</sup>

Daarnaast fungeert de rechterlijke overtuiging ook als *criterium* bij de bewijswaardering; de rechter waardeert het bewijs aan de hand van de vraag of dit overtuigend is. De innerlijke overtuiging is dan het handvat van de rechter om de bewijskracht van een bewijsmiddel vast te stellen. In deze betekenis werd ‘de rechterlijke overtuiging’ gebruikt in het begin van deze paragraaf: aan de hand van haar innerlijke overtuiging waardeert de rechter het getuigenbewijs.<sup>47</sup>

De rechterlijke overtuiging wordt ten slotte ook genoemd als bewijswaarderingsmaatstaf voor de bewijswaardering: als de rechter overtuigd is, is daarmee het bewijs geleverd (zie voor het begrip bewijswaarderingsmaatstaf paragraaf 5.2). In dit verband stellen sommigen dat de rechterlijke overtuiging of de innerlijke overtuiging van de rechter de zwakste graad van zekerheid uitdrukt, die de rechter hoeft te hebben over de te bewijzen feiten. Het is voldoende dat de rechter innerlijk overtuigd is; innerlijke overtuiging is dan een ondergrens bij de bewijswaardering.<sup>48</sup> Andere auteurs gaan er daarentegen vanuit dat innerlijke overtuiging van de rechter een heel grote mate van zekerheid vergt: er kunnen allerlei bewijsmiddelen zijn waaruit het te bewijzen feit is af te leiden, maar *toch* acht de rechter het bewijs niet geleverd, want zij is niet overtuigd. Zo schrijft bijvoorbeeld Hamaker:

“... en het is dan ook niet toevallig, dat de wet in art. 1945 BW de waarde van het getuigenis niet daarvan laat afhangen, of de rechter daardoor een eigene, intieme convictie gekregen heeft, maar zich met een met gunstige uitslag bekroond onderzoek naar de geloofwaardigheid [van de getuige – RHdB] tevreden stelt. Trouwens, wie een oogenblik nadenkt, ziet in, dat het niet anders zou kunnen zijn; dat, indien het anders

45 Vergelijk voor het bestuursrecht R.J.N. Schlössels (2010) p. 486: de rechter heeft ook voor de bewijswaardering kenbare en verdedigbare maatstaven nodig.

46 Zie in die zin bijvoorbeeld Jean-Philippe Lévy (1965) p. 29 e.v.; M. Storme (1962) p. 265.

47 Zie hierover met name Aly A. Rached (1942).

48 Zoals bijvoorbeeld Asser/Anema & Verdam (1953) p. 37-39, overgenomen door Veegens-Wiersma (1973) p. 49. Kritiek hierop van H. Drion (1966) p. 416.

*ware, voor waarlijk consciëntieuze en ernstige rechters het getuigenbewijs zoo goed als geschrapt werd uit de wet.*"<sup>49</sup>

Hamaker zegt dus dat de maatstaf van innerlijke overtuiging bij getuigenbewijs niet toepasselijk is, omdat daarmee een te *streng* maatstaf zou worden aangelegd.<sup>50</sup>

Deze laatste opvatting is historisch gezien de juiste. Het begrip '*conviction intime*' stamt uit de tijd van de Franse Revolutie.<sup>51</sup> Toen het volk in opstand was gekomen tegen het machtsmisbruik door de koning en zijn beschermelingen, werd de rechtspraak in handen van het volk – de jury – gelegd. De juryleden kregen als opdracht mee als volgt te beslissen (in strafzaken):

*"La loi ne demande pas compte aux jurés des moyens par lesquels ils se sont convaincus; elle ne leur prescrit point de règles desquelles ils doivent faire particulièrement dépendre la plénitude et la suffisance d'une preuve; elle leur prescrit de s'interroger eux-mêmes dans le silence et le recueillement et de chercher dans la sincérité de leur conscience, quelle impression ont faite sur leur raison les preuves rapportées contre l'accusé, et les moyens de sa défense. La loi ne leur dit point: "Vous tiendrez pour vrai tout fait attesté par tel ou tel nombre de témoins"; elle ne leur dit pas non plus: "Vous ne regarderez pas comme suffisamment établie toute preuve qui ne sera pas formée de tel proces-verbal, de telles pièces, de tant de témoins ou de tant d'indices"; elle ne leur fait que cette seule question qui renferme toute la mesure de leurs devoirs: 'Avez vous une intime conviction'."*<sup>52</sup>

Met andere woorden: er kan nog zoveel bewijs liggen, maar als de rechter geen innerlijke overtuiging heeft verkregen, als het individuele geweten van de rechter tegensprekt, moet de verdachte worden vrijgesproken. Het vereiste van innerlijke overtuiging van de rechter fungeerde derhalve oorspronkelijk als een drempel voor bewijslevering; de kern was te voorkomen dat onschuldigen zouden worden veroordeeld, zoals daarvoor regelmatig aan de orde was geweest.<sup>53</sup> Deze functie vervult het tot op de dag van vandaag in het strafrechtelijke bewijsrecht (art. 338 Sv): de

49 H.J. Hamaker (1906) p. 91-92. In vergelijkbare zin J. Rombach (1879) p. 77 en J. Wiarda (1959) p. 216 e.v. In deze betekenis fungeert de innerlijke overtuiging ook in het aan het begin van deze paragraaf in een noot aangehaalde rapport '*Ben ik overtuigd*'. Een tussenweg kiest Jean Devèze (1980) p. 434, die stelt dat de '*conviction du juge*' over het bewijs van een feit, noch zekerheid, noch de enkele mogelijkheid, maar de waarschijnlijkheid van dat feit uitdrukt.

50 Ook in het wetsontwerp van de Staatscommissie-Feith (1901) werd in art. 1933 een dergelijke strenge maatstaf aangelegd voor de waardering van getuigenbewijs: '*De beoordeeling van de waarde der getuigenissen is geheel aan den rechter overgelaten, die geen feit als bewezen aanneemt, indien hij van de waarheid daarvan niet volkomen overtuigd is.*'

51 Vergelijk Susanne Lepsius (2003) p. 18. Volgens Jean-Philippe Lévy (1965) p. 30, is de basis van de '*conviction intime*' gelegen in het Romeinse recht.

52 Te vinden bij onder meer Jean-Philippe Lévy (1965) p. 31.

53 Jean-Philippe Lévy (1965) p. 36.

rechter moet de overtuiging hebben bekomen. Dat betekent dat sprake moet zijn van ‘een zeer klemmende graad van waarschijnlijkheid’; alleen uiterst onwaarschijnlijke mogelijkheden mag de rechter buiten beschouwing laten.<sup>54</sup>

De leer van de innerlijke overtuiging was daarmee een breuk met het eerder geldende stelsel van gebonden bewijswaardering (*preuve legale*), waarbij de rechter verplicht was een feit bewezen te achten, wanneer bepaalde bewijsmiddelen aanwezig waren.<sup>55</sup> Daarmee komt de eerste betekenis weer in beeld: de rechterlijke overtuiging als synoniem voor de vrije bewijswaardering.

Al met al levert de ‘innerlijke overtuiging van de rechter’ geen heldere en voor de rechter bruikbare maatstaf bij de waardering van getuigenbewijs op. De maatstaf heeft geen ondubbelzittinge inhoud, zij is subjectief, niet controleerbaar en geeft geen handvat ter beantwoording van de vraag *hoe* de rechter getuigenbewijs moet waarderen. Het doel zal dan ook zijn om criteria te vinden die gebruikt kunnen worden bij de waardering van getuigenbewijs, anders dan de rechterlijke overtuiging. Daarbij zal echter eerst worden ingegaan op de vraag of getuigenverklaringen eigenlijk wel kunnen dienen als een bron van kennis voor de rechter.

#### 6.4 Getuigenverklaringen als bron van kennis: het epistemologische kader

Sinds de Verlichting wordt aangenomen dat het de eigen waarneming of de eigen rationele vermogens van de mens zijn die als fundament voor kennis gelden. De mens ziet, hoort, voelt, ruikt en proeft de wereld om hem heen en op deze empirische basis verkrijgt hij kennis. En de mens beschikt over rationele vermogens, die hem in staat stellen na te denken over de wereld en redeneringen en argumentaties te maken. Daarmee zijn het de capaciteiten van de individuele mens die centraal worden gesteld bij kennisverwerving, zoals wel heel duidelijk naar voren komt in het ‘*cogito ergo sum*’ van René Descartes. De kennistheorie is vanaf de Verlichting derhalve sterk individualistisch georiënteerd.<sup>56</sup>

In feite berust onze kennis echter in belangrijke mate op verklaringen van anderen. De verklaring (*testimony*) moet daarom als een zelfstandige bron van kennis worden aangemerkt, naast de eigen waarneming en de eigen rationele

54 J.F. Nijboer (2008) p. 79. Zie in deze zin ook J. Wiarda (1959) p. 217 e.v. Vergelijk over de rechterlijke overtuiging in het strafrecht ook C.P.M. Cleiren (2010).

55 Vergelijk Jean Devèze (1980) p. 421; Jean-Philippe Lévy (1965) p. 34. Overigens werd er in de wetgeving uit die tijd geen duidelijk onderscheid gemaakt tussen bewijsmiddelen en bewijswaardering, zie Philip Traest (2005) p. 557.

56 C.A.J. Coady (1992) p. 13 e.v. en p. 148 e.v.; Alvin I. Goldman (1999) p. 4. Heel duidelijk komt dit ook naar voren in het logisch-positivisme, dat ervan uitgaat dat alleen directe waarneming als bron voor kennis kan fungeren. Zie hierover bijvoorbeeld J.P.M. Geurts (1978) p. 216-217.

capaciteiten.<sup>57</sup> Sinds een aantal jaren wordt dit onderwerp, de verklaring als basis voor onze kennis, als een zelfstandig deelgebied in de kennistheorie behandeld.<sup>58</sup> Al lang daarvoor had overigens de Schotse filosoof Thomas Reid gewezen op het belang van de verklaring.<sup>59</sup>

Dat menselijke kennis voor het overgrote deel gegrond is op verklaringen van anderen, blijkt uit alledaagse voorbeelden, zoals de weg vragen, weten op welke dag je geboren bent, de krant lezen: steeds wordt kennis verworven op basis van informatie van anderen, zonder dat er sprake is van verificatie van die informatie door eigen waarneming. Ook educatie en opleiding berusten grotendeels op kennisverwerving door middel van informatie of getuigenis van derden. In de vaak geciteerde woorden van David Hume:

*“There is no species of reasoning more common, more useful, and even necessary to human life, than that which is derived from the testimony of men, and the reports of eyewitnesses and spectators.”*<sup>60</sup>

Hoewel dit inzicht Hume tot een sceptische positie leidde, omdat volgens hem ware kennis nooit kan berusten op ‘*testimony of men*’,<sup>61</sup> wordt hieruit in de moderne literatuur afgeleid dat *testimony* een belangrijke bron van kennis is. Kennis die verkregen is op basis van verklaringen, is niet inferieur aan kennis op basis van

57 Dit is althans de non-reductionistische variant. In de reductionistische (reductivistische of Humeaanse) variant wordt aangenomen dat verklaringen als bron van kennis zijn terug te voeren op andere bronnen van kennis. De epistemologische betekenis van verklaringen is dan gelegen in het verkrijgen van afgeleide kennis. Zie onder meer P.J. Graham (2000) p. 696; J. Lackey (2006) p. 160 e.v. Zie over deze discussie ook M.J. Dubelaar (2008).

58 De verschillende problemen die zich hier voordoen, vallen grotendeels buiten het bestek van deze verhandeling. Zie voor een overzicht: Epistemological Problems of Testimony, in: *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, [www.plato.stanford.edu](http://www.plato.stanford.edu). Zie ook Duncan Pritchard (2006) p. 89-100.

59 Thomas Reid is de eerste filosoof die in een korte passage aandacht heeft gevraagd voor het belang van ‘*human testimony*’. Zie Reid (1764) p. 428 en p. 430: “*The wise and beneficent Author of Nature, who intended that we should be social creatures, and that we should receive the greatest and most important part of our knowledge by the information of others, hath, for these purposes, implanted in our natures two principles that tally with each other. The first of these principles is, a propensity to speak truth (...). Another original principle implanted in us by the Supreme Being, is a disposition to confide in the veracity of others, and to believe what they tell us. (...)*”. Zie over Thomas Reid onder meer James van Cleve (2006), Robert Audi (2006) en C.A.J. Coady (1992).

60 David Hume (1777) p. 111 (Section X, Part I). Zie ook B.J. Shapiro (1991) p. 28.

61 Vergelijk ook Plato, in een bekende passage in de *Theaetetus* (201b-c), waarin hij een onderscheid maakt tussen ware kennis (ἀεὶ ἔχον ἐπιστήμη, ‘*knowledge*’, voorbehouden aan de goden en slechts enkele mensen), en overtuiging (ἀεὶ αἰσιν, ‘*true belief*’, waarover alle mensen beschikken): “*And when a jury is rightly convinced of facts which can be known only by an eye-witness, then, judging by hear-say and accepting a true belief, they are judging without knowledge (...)*.” Wetenschap van de jury op grond van getuigenverklaring levert volgens Plato dus geen ware kennis op, maar overtuiging.

eigen waarnemingen. Het overgrote deel van onze kennis is juist gebaseerd op verklaringen van anderen, zonder dat dat iets afdoet aan de betrouwbaarheid of juistheid van die kennis.

Het enkele gegeven dat de rechter voor haar kennis omtrent bepaalde feiten is aangewezen op de verklaringen van getuigen, maakt dus niet dat de rechter geen betrouwbare kennis zou kunnen verkrijgen over die feiten. Getuigenverklaringen kunnen op zich zelf een toereikende basis zijn om feiten vast te stellen; *in het algemeen* geldt dat de mens kan vertrouwen op verklaringen van anderen.

Voor het verkrijgen van betrouwbare kennis op basis van verklaringen van anderen, moet aan twee vereisten zijn voldaan.<sup>62</sup> Het eerste vereiste is dat degene die de verklaring aflegt, de spreker, kennis heeft over het onderwerp waarover hij verklaart, en op grond daarvan een waarheidsgetrouwe verklaring aflegt. Een ornitholoog zal een betrouwbare bron zijn wanneer hij vertelt welke vogel te zien is, omdat hij kennis heeft over vogelherkenning en in staat is om vogels juist waar te nemen.

Het tweede vereiste is dat degene die de verklaring ontvangt, de luisteraar, geen aanleiding heeft om te twijfelen aan de juistheid van de verklaring. Als hoofdregel wordt hiertoe in de literatuur gewezen op de zogenoemde ‘*default rule*’: in normale omstandigheden gaan mensen uit van de juistheid van verklaringen van anderen, *tenzij* er een aanleiding is om te twijfelen aan de juistheid van de verklaring van de ander.<sup>63</sup> Wanneer iemand informeert naar de openingstijden van een winkel, zal hij in beginsel afgaan op wat de winkeleigenaar hem daarover meedeelt en zich niet verder verdiepen in de betrouwbaarheid van deze persoon. De uiteenzetting van de docent privaatrecht over de eisen die gelden voor een vordering uit onrechtmatige daad, zal door de studenten normaal gesproken voor juist worden gehouden. De reden waarom dit zo is, is dat *betrouwbaarheid* van de spreker – in de zin van oprechtheid (*sincerity*) en correctheid (*accuracy*) – aanwezig wordt verondersteld, omdat dit een basisvoorwaarde van menselijke communicatie is.<sup>64</sup>

Maar de luisteraar *kán* redenen hebben om te twijfelen aan de juistheid van de verklaring van de ander. Die twijfel kan veroorzaakt zijn door de persoon van degene die verklaring aflegt, in relatie tot het onderwerp van de verklaring (‘deze persoon weet niets af van vogelherkenning en ik geloof dus niet wat hij zegt over de vogel die daar vliegt’). Belangrijk is echter ook de kennis en informatie die bij de luisteraar zelf al aanwezig is over het onderwerp van de verklaring; de verklaring moet passen binnen het geheel van bij de luisteraar aanwezige kennis en informatie.<sup>65</sup> Wanneer de luisteraar zelf ook ornitholoog is en hij weet dat de

62 Robert Audi (1998) p. 138.

63 Wanneer spreker S aan luisteraar L verklaart dat X, dan is het juist dat L onder normale omstandigheden uitgaat van de juistheid van X, tenzij er voor L een speciale reden is om daar niet vanuit te gaan. Zie onder meer Paul Thagard (2005) p. 297 e.v.

64 Bernard Williams (2006), waarover ook paragraaf 2.2.

65 Paul Thagard (2005) p. 301 e.v.

vogel die de spreker signaleert, op deze bepaalde plaats nooit eerder is waargenomen, ziet hij wellicht toch aanleiding om te twijfelen aan de verklaring van de spreker. Hetzelfde geldt wanneer een andere aanwezige ornitholoog de juistheid van de waarneming van de eerste ornitholoog betwist.

Hieruit volgt dat bij kennisverwerving op basis van getuigenverklaringen niet alleen de positie van de spreker van belang is, maar ook de positie van de luisteraar. Voor betrouwbare kennisverwerving worden aan beide posities eisen gesteld; spreker en luisteraar moeten allebei hun bijdrage leveren aan de ‘epistemologische rechtvaardiging’ van de verklaring.<sup>66</sup>

Daarmee wordt zichtbaar dat bij kennisverwerving op basis van verklaringen *asymmetrie* kan bestaan: de spreker kan een onjuiste verklaring afleggen, terwijl er gelijktijdig geen redenen zijn bij de luisteraar om te twijfelen aan de juistheid van de verklaring. En andersom, kan de spreker een juiste verklaring afleggen, terwijl de luisteraar aanleiding ziet om te twijfelen aan de juistheid van de verklaring.<sup>67</sup>

Wat is hieruit af te leiden voor de bewijslevering door middel van getuigenverklaringen?<sup>68</sup> In de eerste plaats dat in de juridische procedure sprake is van fundamentele onzekerheid over de epistemologische positie van de spreker, dat is de getuige. Dat betekent dat in de procedure als uitgangspunt heeft te gelden dat niet bekend is of de verklaring van de getuige juist, in de zin van waarheidsgetrouw, is. Er kunnen redenen zijn om te veronderstellen dat de spreker een onjuiste verklaring aflegt of er kunnen aanwijzingen zijn dat de verklaring van de spreker juist is, maar uiteindelijk zal hierover geen uitsluitsel worden verkregen.

De eerder genoemde asymmetrie bij kennisoverdracht op basis van getuigenverklaringen doet zich daarmee in zo sterke mate voor, dat de epistemologische positie van de getuige naar de achtergrond verdwijnt. Het gaat alleen nog om het perspectief van de luisteraar, de rechter. De vraag is niet of de verklaring van de getuige *juist* of *waarheidsgetrouw* is – die vraag is niet te beantwoorden –, maar of deze voor de rechter *betrouwbaar* of *geloofwaardig* is.

De consequentie hiervan is dat het verkrijgen van betrouwbare kennis op basis van verklaringen van anderen, in de juridische procedure uiterst moeizaam is. Want ten aanzien van één van de twee vereisten die daarvoor gelden, namelijk dat degene die de verklaring aflegt, de spreker, een waarheidsgetrouwe verklaring aflegt over het onderwerp waarover hij verklaart, kan in het algemeen niet worden vastgesteld of daaraan is voldaan.

In de tweede plaats is van belang dat vanuit de positie van de luisteraar, dat is dus de rechter, de hiervoor besproken ‘*default-rule*’, niet onverkort geldt. Het zou naïef zijn wanneer de rechter als startpunt uitgaat van de betrouwbaarheid van

66 Jennifer Lackey (2006) spreekt om deze reden over het duale karakter van testimony.

67 Robert Audi (1998) p. 136 e.v.

68 Deze vraag stelt ook M.J. Dubelaar (2008), maar dan toegespitst op het strafrecht.



getuigenverklaringen. Er zijn immers zoveel redenen denkbaar waarom een getuige geen waarheidsgetrouwe verklaring aflegt; hierop zal in de volgende paragraaf worden ingegaan.

Hierbij is te bedenken dat getuigen in de civiele procedure slechts zelden willekeurige derden zijn, maar vaak personen die op een of andere wijze betrokken zijn bij een partij of bij het geschil. Juist die betrokkenheid maakt dat zij in staat zijn een relevante verklaring af te leggen, maar die kennis vormt tegelijk ook hun achilleshiel: steeds rijst de vraag of de getuige vanwege diens betrokkenheid wel een waarheidsgetrouwe verklaring aflegt.

Maar het tegenovergestelde uitgangspunt, dat de rechter in beginsel uitgaat van de onbetrouwbaarheid van getuigenverklaringen, spreekt ook weinig aan. Dat zou namelijk betekenen dat de rechter altijd positieve argumenten moet hebben om af te gaan op de verklaring van een getuige.<sup>69</sup> De verklaring is onbetrouwbaar, tenzij er argumenten zijn om deze betrouwbaar te achten. Een bewijsbeslissing die uitsluitend gebaseerd is op getuigenverklaringen, zou dan een zeldzaamheid zijn. Een dergelijke benadering strookt ook niet met de rechtspraktijk, waarin het zeker geen uitzondering is dat de rechter enkel op basis van getuigenverklaringen het bewijs geleverd acht. Bovendien zou, gelet op de in het civiele recht te hanteren bewijswaarderingsmaatstaf, een onnodig hoge barrière worden opgeworpen. Dit zal nog nader aan de orde komen in paragraaf 6.7. Een middenweg is om als uitgangspunt te nemen dat de rechter in alle gevallen getuigenverklaringen met behoedzaamheid tegemoet moet treden. Dit sluit aan bij een arrest van de Hoge Raad over het gebruik van een geluidsband als bewijsmiddel. De Hoge Raad overwoog daarin dat de rechter bij het bepalen van de bewijskracht van de geluidsband te werk moet gaan *‘met inachtneming van de behoedzaamheid welke met name bij de waardering van de overtuigende kracht van dit soort bewijsmiddelen past’*.<sup>70</sup> Zo’n behoedzaamheid past niet alleen bij ‘dit soort bewijsmiddelen’, maar ook bij getuigenverklaringen. Het betekent dat de rechter dient na te gaan welke indicaties er zijn vóór, of juist tegen, de waarheidsgetrouwheid van de verklaring van de getuige. Om welke indicaties het hierbij kan gaan, komt in de volgende paragraaf aan de orde.

## 6.5 De betrouwbaarheid en geloofwaardigheid van getuigenverklaringen

In een ideale situatie zijn alle getuigenverklaringen waarheidsgetrouw. Wanneer een verklaring waarheidsgetrouw is, geeft deze een correcte weergave van bepaalde waarnemingen of ervaringen en daarmee een betrouwbaar beeld van de feiten. Als verklaringen waarheidsgetrouw zijn, is de rechter gelegitimeerd om daarop een

69 Dit is verdedigd door Jennifer Lackey (2006), overigens niet in een juridische context: in elke situatie van *testimony* moet de luisteraar positieve redenen hebben, hoe minimaal ook, om de verklaring geloofwaardig te achten.

70 HR 16 oktober 1987, NJ 1988, 850 m.nt. EEA.

bewijsbeslissing te baseren. Er kunnen echter allerlei redenen zijn waarom de verklaring van de getuige niet waarheidsgetrouw is; waarom de getuige een verklaring aflegt die géén correcte weergave is van de feiten.

In de vorige paragraaf is geconstateerd dat de rechter niet kan weten of de verklaring van de getuige juist is en dat zij het moet doen met een inschatting van de betrouwbaarheid of geloofwaardigheid van de verklaring. In dit kader ligt het voor de hand dat de rechter aandacht besteedt aan de redenen die er zijn voor een getuige om geen waarheidsgetrouwe verklaring af te leggen.

Voor een bespreking van deze redenen is het zinvol om een onderscheid te maken tussen de geloofwaardigheid van de getuige en de betrouwbaarheid van de getuige.<sup>71</sup>

Bij dit laatste, de *betrouwbaarheid* ('*reliability*') van de getuige, gaat het om een eigenschap van de persoon van de getuige, die aangeeft hoe waarheidsgetrouw in het algemeen verklaringen van deze getuige zijn. Betrouwbaarheid is een begrip uit de kanstheorie. De betrouwbaarheid van bijvoorbeeld een test drukt uit hoe groot de kans is dat met de test bevindingen worden gedaan die overeenkomstig de werkelijkheid zijn. Voor een getuige zou de mate van zijn betrouwbaarheid moeten weergeven hoe groot de kans is dat hij een verklaring aflegt die overeenstemt met de werkelijke gang van zaken.<sup>72</sup>

Hierover kan echter geen uitspraak worden gedaan. Niet alleen de rechter heeft onvoldoende gegevens over de kans dat een getuige verklaart overeenkomstig de werkelijke gang van zaken, maar ook in zijn algemeenheid is niet vast te stellen hoe vaak getuigen juiste of onjuiste verklaringen afleggen, alleen al omdat er te veel verschillende contexten zijn waarin verklaringen worden afgelegd.<sup>73</sup> In een civiele procedure, waarin als gezegd vaak sprake is van betrokkenheid van de getuige bij een partij of bij een geschil, is de vraag in ieder geval onbeantwoordbaar.<sup>74</sup> Met andere woorden, de diagnostische waarde van getuigenverklaringen is onbekend (vergelijk paragraaf 5.6).

Wanneer 'betrouwbaarheid' op deze manier wordt opgevat, is de vraag of een getuige betrouwbaar is, in de juridische procedure niet aan de orde, omdat niet kan worden vastgesteld of deze getuige of getuigen in het algemeen, verklaringen afleggen die waarheidsgetrouw zijn. Het heeft dan ook weinig zin de vraag naar die betrouwbaarheid te stellen.

71 Zie voor dit onderscheid Paul Thagard (2005).

72 Dat betrouwbaarheid en geloofwaardigheid niet hetzelfde zijn, blijkt onder meer daaruit dat een persoon geloofwaardig kan zijn, zonder feitelijk betrouwbare uitspraken te doen en een persoon ongeloofwaardig kan zijn, zonder dat sprake is van onbetrouwbaarheid van zijn uitspraken.

73 De vraag kan hooguit worden beantwoord, wanneer hij sterk is toegespitst, bijvoorbeeld: hoeveel kans is er bij een Oslo-confrontatie (in strafzaken) op een juiste identificatie?

74 Anders hierover Rupert Schreiber (1968) p. 19 e.v., die meent dat het mogelijk om in een individueel geval vast te stellen wat de waarschijnlijkheid is dat een getuige een waarheidsgetrouwe verklaring aflegt.

Tegen deze achtergrond is het logisch dat vroeger bestaande generieke uitsluitingen van bepaalde groepen van personen als getuigen (zoals vrouwen of strafrechtelijk veroordeelde personen), waarover gesproken is in paragraaf 6.2, zijn vervallen. Dergelijke uitsluitingen berustten immers op de aanname dat dergelijke personen omdat zij bepaalde eigenschappen hebben, als getuige onbetrouwbaar zijn. Er is echter geen enkele empirische basis voor de veronderstelling dat bepaalde mensen geen waarheidsgetrouwe verklaring zouden kunnen afleggen en daarom als getuige onbetrouwbaar zouden zijn.

Ook een aanwijzing zoals te vinden was in het al eerder genoemde art. 1945 BW-oud, dat de rechter moest acht slaan op ‘*de levenswijze, de zeden en den stand der getuigen*’ – het ‘zondenregister’ van de getuige – moet worden gezien in relatie tot de aanname dat bepaalde personen niet, of in mindere mate, in staat zijn waarheidsgetrouwe verklaringen af te leggen en daarom onbetrouwbare getuigen zijn. Lees hierover Opzoomer:

*“Er behoort ontwikkeling toe, die men veel meer bij den beschaafden man, dan bij de lagere, onbeschaafde volksklassen vindt. (...) Daarenboven, mag het niet door ons worden erkend, dat, zoolang de regten en eischen van plicht en eigenbelang elkander nog doorkruisten, maatschappelijke stand en fortuin zeer veel invloed op de geloofwaardigheid kunnen hebben, zelfs uit een zedelijk oogpunt beschouwd.”*<sup>75</sup>

Opzoomer zegt dus, in lijn met de toen heersende ideeën, dat personen uit lagere sociale klassen in mindere mate in staat zouden zijn tot het afleggen van een waarheidsgetrouwe verklaring. De latere bewerker van het handboek van Opzoomer, Levy, verzette zich hier fel tegen. Zo de rechter de betrouwbaarheid van een getuige al zou kunnen afleiden uit diens levenswijze, zeden of stand, dan heeft de rechter in ieder geval volstrekt onvoldoende gegevens om in het concrete geval daarover een oordeel te geven.<sup>76</sup>

Wanneer betrouwbaarheid van (de persoon van) de getuige geen relevant gezichtspunt is voor de vraag naar de waarheidsgetrouwheid van diens verklaring, blijft daarmee over de geloofwaardigheid van de getuige. De *geloofwaardigheid* (‘*credibility*’) van de getuige moet niet worden opgevat als een eigenschap van een persoon, maar moet worden gerelateerd aan het onderwerp waarop de verklaring in het concrete geval betrekking heeft.<sup>77</sup> Iemand kan geloofwaardige verklaringen afleggen over de uitslagen in het betaalde voetbal van het afgelopen weekend, maar ongeloofwaardig zijn wanneer het gaat om de vraag hoe lang het hek in de tuin van zijn buurman daar al staat. Het gaat dus niet om de (algemene) geloofwaardigheid van de getuige; het gaat om de geloofwaardigheid van de door de getuige afgelegde *verklaring* over het aan de orde zijnde onderwerp.

<sup>75</sup> Opzoomer/Levy (1904) p. 47-48.

<sup>76</sup> Opzoomer/Levy (1904) p. 47-72.

<sup>77</sup> Paul Thagard (2005) p. 14 e.v.

De vraag is dan welke redenen er kunnen zijn waarom een verklaring van een getuige niet geloofwaardig is of welke factoren afbreuk kunnen doen aan de waarheidsgetrouwheid van een getuigenverklaring. In de eerste plaats kan een getuige menen iets waargenomen te hebben of iets te weten, terwijl dat in werkelijkheid niet zo is; de verklaring van de getuige berust op een *onjuiste waarneming*. Een getuige kan verklaren dat hij iets gezien of gehoord heeft, terwijl hij dit niet goed heeft gezien of gehoord; zijn zintuigen hebben hem bedrogen. Zo kan een getuige te ver weg hebben gestaan van de plaats van het ongeval om aannemelijk te maken dat hij in staat was waar te nemen of het stoplicht op rood stond.

Dicht hier tegenaan ligt het tweede geval, waarin de getuige zich baseert op een *onjuiste herinnering*. De getuige meent te weten dat iets het geval is geweest, maar in werkelijkheid was de situatie anders. Bekend is immers dat het geheugen vaak onbetrouwbaar is. Nieuwe ervaringen beïnvloeden herinneringen over het verleden en ook herinneringen van anderen hebben invloed op onze eigen herinneringen. Herinneringen zijn subjectief, selectief en soms fictief. Het belangrijkste doel van het geheugen is ook niet zozeer om het verleden te bewaren, maar om betekenis en begrip aan het heden te kunnen geven. Daarom zijn herinneringen geen vast gegeven, maar aan verandering onderhevig; verreweg het grootste deel van onze ervaringen vergeten we.<sup>78</sup> Het verleden gaat dus grotendeels verloren en slechts een fractie daarvan kunnen we terughalen.

Zowel de getuige die verklaart op basis van onjuiste waarnemingen, als de getuige die verklaart op basis van onjuiste herinneringen, zijn gevallen van een *'dwalende getuige'*,<sup>79</sup> zij hebben betrekking op de *'competence dimension'*.<sup>80</sup> In beide gevallen wijkt de verklaring van de getuige te goeder trouw af van de werkelijke gang van zaken. Over de feilbaarheid van zintuiglijke waarneming en het geheugen, bestaat zeer veel literatuur, die grotendeels buiten het bestek van dit boek valt. Duidelijk is wel dat er op dit punt nogal wat mis kan gaan met getuigenverklaringen.<sup>81</sup> Hierbij speelt ook degene die de vragen stelt – de rechter – een rol: gesloten of sturende vragen kunnen in de hand werken dat een getuige een onjuiste verklaring aflegt.

In de Nederlandse literatuur zijn het met name Crombag, Van Koppen en Wagenaar geweest die hiervoor aandacht hebben gevraagd.<sup>82</sup> Hoewel hun observaties betrekking hebben op het strafrecht, zijn ze ook voor het civiele recht

78 Zie over herinnering van het verleden David Lowenthal (1985) en Douwe Draaisma (2010) *Vergeetboek*, en (2001) *Waarom het leven sneller gaat als je ouder wordt*. Groningen: Historische Uitgeverij.

79 Crombag, Van Koppen en Wagenaar (2006) p. 270 e.v.

80 Robert Audi (1998) p. 136.

81 Hoewel C.A.J. Coady (1992) p. 265, daar tegenover stelt dat *'it is absurd to the point of idiocy'* om uit het gegeven dat verklaringen niet altijd betrouwbaar zijn, af te leiden dat getuigenverklaringen in beginsel onbetrouwbaar zijn.

82 Zie onder meer Crombag, Van Koppen en Wagenaar (2006) en Wagenaar, Van Koppen en Crombag (2003).

relevant. Ook in het civiele recht geldt dat er aandacht moet zijn voor de wijze van vragenstelling door de rechter.<sup>83</sup> En ook in het civiele recht geldt dat getuigen zaken mogelijk niet goed hebben waargenomen of dat hun herinnering wellicht niet juist is, onder andere door beïnvloeding van later verkregen informatie of door suggestie. Crombag c.s. wijzen er daarom op hoe belangrijk het is dat de rechter zich afvraagt of ‘in redelijkheid’ kan worden aangenomen dat getuigen zaken niet goed hebben waargenomen of zich kwesties niet juist herinneren; de rechter mag niet voetstoots afgaan op de afgelegde verklaringen.<sup>84</sup>

De civiele rechter is hier ten opzichte van de strafrechter in het voordeel, omdat de civiele rechter niet te maken heeft met ‘voorgesorteerde’ verklaringen. In het strafrecht legt het openbaar ministerie het dossier aan, wat tot gevolg kan hebben dat ontlastende verklaringen niet in het dossier zijn opgenomen. De civiele rechter hoort in de meeste gevallen echter de getuigen van *beide* partijen; partijen hebben daartoe in ieder geval het recht. Tegenover elke getuige die X verklaart, staat bijna altijd een getuige die niet-X verklaart. De rechter is daarom steeds gedwongen de geloofwaardigheid van de verklaringen van de getuigen tegen elkaar af te wegen en zich in ieder geval de hiervoor genoemde vragen te stellen. Een simpele regel ‘dat ooggetuigen in het algemeen geloofwaardige verklaringen afleggen’, waarop volgens Crombag c.s. strafrechters zich ten onrechte regelmatig baseren, *kan* de civiele rechter eenvoudigweg niet toepassen, omdat die regel haar doorgaans geen stap verder helpt.

Bovendien is de civiele rechter, anders dan de strafrechter, verplicht om de getuigen *zelf* te horen, en bovendien in aanwezigheid van de wederpartij. De rechter mag niet afgaan op schriftelijke verklaringen die zich in het dossier bevinden, althans: schriftelijke verklaringen hebben minder betekenis dan ten overstaan van de rechter afgelegde getuigenverklaringen.<sup>85</sup> De civiele rechter en desgewenst de wederpartij, hebben daardoor altijd de gelegenheid om door te vragen, wat een belangrijk instrument is om meer zicht te krijgen op de geloofwaardigheid van de getuigenverklaring.<sup>86</sup>

83 Crombag, Van Koppen en Wagenaar (2003) en (2006) en Wagenaar, Israëls en Van Koppen (2009) geven vele voorbeelden van onjuiste (suggestieve, sturende, gesloten) vragen aan getuigen of verdachten door verbalisanten.

84 Crombag, Van Koppen en Wagenaar (2006) p. 289.

85 De Hoge Raad houdt vast aan het onderscheid tussen getuigenverklaringen die ten overstaan van de rechter – en in aanwezigheid van de wederpartij – onder ede zijn afgelegd, en verklaringen die vooraf op schrift zijn gesteld, zie HR 19 december 2003, NJ 2004, 151. Strikt genomen is de rechter bij beide bewijsmiddelen vrij bij de waardering, maar de strekking van het genoemde arrest is dat de rechter schriftelijke verklaringen met *nóg* meer behoedzaamheid tegemoet moet treden; bij dergelijke verklaringen geldt namelijk dat ook betekenis kan worden gehecht ‘aan andere feiten en omstandigheden, zoals de wijze waarop de verklaring is totstandgekomen.’ Overigens geldt bij schriftelijke verklaringen ook de regel van de beperkte bewijskracht van de partijgetuige niet, zodat sommigen menen op die wijze art. 164 lid 2 Rv te kunnen omzeilen.

86 Idem Crombag, Van Koppen en Wagenaar (2006) p. 50.

Maar naast de mogelijkheid van ongeloofwaardige getuigenverklaringen vanwege dwalende getuigen, kan zich ook voordoen, het derde geval, dat een getuige *bewust* een onjuiste verklaring aflegt. Dit is, in de terminologie van Wagenaar c.s., de '*liegende getuige*'; iets fraaier uitgedrukt gaat het hier om de '*sincerity dimension*' van getuigenverklaringen.<sup>87</sup> Getuigen kunnen verschillende redenen hebben om bewust een onjuiste verklaring af te leggen. In vroegere tijden speelde vaak het probleem van omkoping van getuigen.<sup>88</sup> Tegenwoordig is vooral te denken aan een persoonlijk belang van de getuige bij de uitkomst van de procedure of het op enige wijze betrokken zijn bij een van de partijen in de procedure en het om daarom afleggen van een voor die partij gunstige verklaring. Crombag c.s. noemen ook andere motieven, zoals het zelf niet als verdachte aangemerkt willen worden of bedreiging, maar in het algemeen zullen dergelijke motieven in het civiele recht in mindere mate aan de orde zijn dan in het strafrecht.

Dat een getuige vanwege betrokkenheid bij een der partijen of vanwege belang bij de uitkomst van de procedure tot een bepaalde verklaring kon komen, is onder ogen gezien door de wetgever, die in art. 1945 BW-oud had bepaald dat de rechter acht moest slaan '*op de beweegredenen, welke de getuigen kunnen hebben gehad om de zaak op deze of gene wijze voor te dragen*'. Deze instructie heeft niet aan belang ingeboet: de rechter moet zich bewust zijn van mogelijke beweegredenen van de getuige om een niet waarheidsgetrouwe verklaring af te leggen. Met het oog daarop schrijft art. 177 lid 1 Rv ook voor dat de rechter in het proces-verbaal van getuigenverhoor moet opnemen of de getuige in dienstverband tot een der partijen staat, en of de getuige in een relatie van bloed- of aanverwantschap staat met een der partijen.<sup>89</sup>

Maar er zijn natuurlijk nog andere wijzen waarop een getuige betrokken kan zijn bij een der partijen, dan een familierelatie of dienstverband. De rechter zou daarom ook in algemene zin moeten vragen naar de verhouding van de getuige tot partijen én naar de wijze waarop de getuige betrokken is bij de zaak, en dit moeten vastleggen in het proces-verbaal. Daarmee komt soms onverwachte informatie aan het licht, die erop kan duiden dat de getuige belang heeft bij een bepaalde uitkomst van het geding of dat de getuige betrokken is bij een der partijen.

## 6.6 De inschatting van de waarheidsgetrouwheid van getuigenverklaringen

In de vorige paragraaf is besproken welke redenen er kunnen zijn voor *de getuige* om niet een waarheidsgetrouwe verklaring af te leggen. Eerder werd echter al gewezen op het probleem dat het voor de rechter, na geconstateerd te hebben dat er beweegredenen *kunnen* zijn voor de getuige om niet een waarheidsgetrouwe

87 Robert Audi (1998) p. 136.

88 R. van Boneval Faure (1896) p. 5; Asser/Anema & Verdam (1953) p. 242.

89 Dit is bovendien relevant met het oog op het verschoningsrecht van art. 165 lid 3 Rv.

verklaring af te leggen, niet is vast te stellen of daarvan inderdaad sprake is. Daarom draait het bij de waardering van getuigenbewijs uiteindelijk niet om de mogelijke redenen voor een getuige om wel of niet een waarheidsgetrouwe verklaring af te leggen, maar om het perspectief van de rechter op de waarheidsgetrouwheid van de verklaring. Dit betekent dat de rechter niet meer kan dan een *inschatting* maken van de waarheidsgetrouwheid van de getuigenverklaring.

In de volgende paragrafen zal worden nagegaan welke criteria de rechter daarbij kan hanteren. Het doel hierbij is om zodanige criteria te formuleren, dat voldaan kan worden aan het eerder gegeven uitgangspunt, dat rechtspraak bediscussieerbare argumenten nodig heeft. Verder zal zoveel mogelijk worden aangeknoopt bij de in hoofdstuk 5 gegeven ijkpunten voor de bewijsbeslissing: relevantie, kwaliteit, reikwijdte en alternatieve hypothese.

Het startpunt bij de beoordeling van getuigenverklaringen is, zo kwam aan de orde in paragraaf 6.4, dat de rechter getuigenverklaringen met behoedzaamheid tegemoet treedt. De rechter veronderstelt niet dat een verklaring waarheidsgetrouw is, maar gaat ook niet zo ver dat zij elke verklaring wantrouwt; het met behoedzaamheid tegemoet treden van getuigenbewijs is hier de tussenpositie die rechter inneemt.

### 6.6.1 *Relevantie van de verklaring*

Het eerste criterium dat de rechter hanteert, is dat van relevantie: heeft de getuige iets verklaard dat relevant is voor de bewijsopdracht? Het criterium van relevantie is in paragraaf 5.6.1 ook genoemd als eerste ijkpunt bij de bewijswaardering: een bewijsmiddel moet relevant zijn voor het te bewijzen feit.

Relevantie is een relatief begrip; iets is relevant *voor* iets anders. Anders dan bij het algemene proces van selectie van de feiten, waar relevantie ook als maatstaf fungeert, vindt de beoordeling van de relevantie in het kader van de bewijswaardering niet plaats tegen de achtergrond van de toepasselijke rechtsregels (vergelijk paragraaf 1.5). Hier is relevantie strikter begrensd: het gaat in beginsel alleen om verklaringen die van belang zijn in het licht van de in het tussenvonnis gegeven bewijsopdracht (het probandum). De verklaring moet dus bruikbaar zijn voor de bewijsopdracht. Dit eist dat de verklaring iets zegt *over* de bewijsopdracht.

De in het tussenvonnis geformuleerde bewijsopdracht vormt derhalve een belangrijke afbakening in het beslissingsproces. Met het formuleren van de bewijsopdracht heeft de rechter al beslist welke feiten wel en niet relevant zijn. In het vervolg van de procedure is de rechter daaraan in beginsel gebonden. In beginsel, omdat het denkbaar is dat tijdens het getuigenverhoor feiten naar voren komen, die weliswaar niet relevant zijn voor de bewijsopdracht, maar die een geheel nieuw of ander licht op de zaak werpen en waaruit blijkt dat beslissingen in het tussenvon-

nis niet juist waren.<sup>90</sup> Wanneer dit aan de orde is, zal de rechter toch ook op deze feiten acht moeten slaan. Anders komt de waarheidsvinding in het gedrang, omdat de beslissing niet berust op een correcte feitenvaststelling. Als tijdens het getuigenverhoor feiten aan het licht komen, die nog niet eerder in de processtukken naar voren waren gebracht, zal de rechter uiteraard wel de wederpartij de gelegenheid moeten geven zich over die feiten uit te laten, bij een later getuigenverhoor of bij akte.

De hiervoor geschetste mogelijkheid, dat feiten aan het licht komen die buiten het probandum vallen, veronderstelt dat de rechter tijdens het getuigenverhoor niet te snel oordeelt dat bepaalde antwoorden of uitweidingen van de getuigen niet relevant zijn.<sup>91</sup> Ook dient de rechter niet te snel vragen van de raadslieden terzijde te schuiven, omdat deze niet relevant zouden zijn. De rechter kan niet altijd voorzien welke informatie, uiteindelijk, wel of niet relevant is voor de te nemen beslissing. De rechter moet daarom haar oordeel over relevantie opschorten tot ná het getuigenverhoor en zich er tijdens het verhoor van de getuige op richten om zoveel mogelijk informatie te verzamelen die van belang *kan* zijn voor de beslissing van de zaak.

Op de eis van relevantie van verklaringen struikelen in de praktijk regelmatig getuigenverklaringen. Een getuige kan verklaren dat hij weet dat een partij zijn auto op een bepaalde plek geparkeerd heeft, terwijl de bewijsopdracht daar helemaal geen betrekking op had. Bij de bewijsbeslissing kan de rechter aan dergelijke verklaringen voorbijgaan. Maar het gaat hier om een glijdende schaal: verklaringen zijn meer of minder relevant; verklaringen zeggen in meerdere of mindere mate iets over de bewijsopdracht.

Om de mate van relevantie van een verklaring te bepalen, is het van belang dat de rechter de getuige precies vraagt naar de wijze waarop de getuige betrokken is bij de te bewijzen feiten en waarop de getuige zijn kennis baseert. Wanneer te bewijzen is dat een bedrijf hinderlijke geluidsoverlast produceert voor de burens, is de verklaring van iemand die drie straten verderop woont, waarschijnlijk niet relevant omdat deze niets zegt over de overlast bij de burens van het bedrijf. De verklaring van een bezoeker van de naast het bedrijf gelegen woning is in enige mate relevant, maar minder relevant dan de verklaring van een bewoner van een nabijgelegen woning; de verklaring van die laatste getuige berust op meer waarnemingen dan de verklaring van de bezoekende getuige.

90 Zie HR 25 april 2008, NJ 2008, 553 m.nt. H.J. Snijders, waarover paragraaf 4.6.

91 Bij een voorlopig getuigenverhoor is er soms een heel algemene bewijsopdracht, waardoor de vragen van de rechter aan de getuigen een ruimer bereik zullen hebben. De rechter zal ook minder snel uittalingen van een getuige als 'niet relevant' buiten beschouwing laten, omdat er doorgaans nog geen procedure aanhangig is die voor afbakening zorgt. Niet zelden leidt dit tot getuigenverklaringen die méér inzicht bieden in het feitencomplex dan bij een regulier getuigenverhoor het geval is.



Voor het bewijs van de verzending van een brief kan iemand van de postkamer verklaren wat de normale gang van zaken is bij het verzenden van post. Deze verklaring is relevant, maar toch minder relevant dan de verklaring van een getuige die inhoudt dat hij zelf *dé* brief heeft gepost. Die laatste verklaring is *meer specifiek* en wordt daardoor meer relevant dan de eerste verklaring.

Het criterium van relevantie vereist dus dat een verklaring iets *kan* zeggen over het te bewijzen feit. Wanneer dat niet het geval is, is de verklaring niet relevant en laat de rechter deze buiten beschouwing. Verklaringen kunnen meer of minder relevant zijn; afhankelijk daarvan leggen ze meer of minder gewicht in de schaal bij de inschatting van de waarheidsgetrouwheid van de verklaring.

### 6.6.2 Consistentie van de verklaring

Een tweede criterium dat de rechter kan aanleggen bij de waardering van het getuigenbewijs, is de consistentie van de getuigenverklaring. Een consistente verklaring is een verklaring die geen tegenstrijdigheden bevat.

Daarbij gaat het in de eerste plaats om de consistentie van de verklaring zelf. Wanneer een getuige eerst verklaart dat hij aanwezig was bij een bepaalde gebeurtenis en daarna dat hij toch niet aanwezig was, doet dat afbreuk aan de waarheidsgetrouwheid van de verklaring dat hij aanwezig was. Hierbij kan ook worden gelet op eerdere verklaringen van de getuige, die bij een eerder (voorlopig) getuigenverhoor zijn afgelegd of die in een schriftelijk stuk zijn neergelegd. Een innerlijk tegenstrijdige verklaring zal geen positieve bijdragen leveren aan de inschatting door de rechter van de waarheidsgetrouwheid van die verklaring.

In de tweede plaats gaat het om consistentie *tussen* verschillende verklaringen. Is wat getuige A verklaart, consistent met de verklaringen van de getuigen B en C? Ook hier geldt dat de rechter verklaringen die tegenstrijdig zijn, in het algemeen minder waarheidsgetrouw zal achten dan verklaringen die consistent zijn.

Het criterium van consistentie was ook opgenomen in art. 1945 BW-oud (vergelijk paragraaf 6.2), waarin de rechter werd gemaand acht te slaan op ‘*de onderlinge overeenkomst der getuigen*’: de rechter moest nagaan of de verklaringen van de verschillende getuigen overeenstemmen.

Overeenstemming van verklaringen van verschillende getuigen kan echter soms ook een contra-indicatie van waarheidsgetrouwheid zijn. Iedere rechter kent de getuigen die volstrekt identieke verklaringen afleggen over gebeurtenissen die zich op die ene zondag, zes jaar geleden hebben afgespeeld. Het is echter nauwelijks voor te stellen dat de getuigen daarover exact dezelfde herinneringen zouden hebben. Zie de waarschuwing van De Pinto:

*“Overeenstemming der getuigen omtrent de hoofdzaak, waarover zij verklaren, is een groot vermoeden voor de waarheid van hetgeen zij zeggen; terwijl integendeel volmaakte overeenstemming in alle kleine bijzonderheden, maar vooral gelijke woorden en uitdruk-*

*kingen veeleer denken doen aan eene vooraf gemaakte afspraak, en alzoo de waarachtigheid der verklaringen moeten doen verdenken.*"<sup>92</sup>

Dus wanneer volstrekt identieke verklaringen worden afgelegd, hoeft dat geen positieve bijdrage te leveren aan de waarheidsgetrouwheid van de verklaringen, maar kan het juist op wijzen op het niet waarheidsgetrouw zijn daarvan.

Ten slotte gaat het ook om *externe consistentie*. Dat is de consistentie van getuigenverklaringen met andere bewijsstukken die zich in het dossier bevinden (zoals bijvoorbeeld brieven of e-mails), en, belangrijk, met de beweringen die in de processtukken door de betreffende partij zijn gedaan. Ook hiervoor werd in art. 1945 BW-oud reeds aandacht gevraagd, waar de rechter moest letten op de overeenstemming van getuigenverklaringen met *'hetgeen van elders aangaande de zaak in het geding bekend is.'* Dat 'elders' is namelijk kennis over de zaak, ontleend aan het dossier.

Externe consistentie vormt voor de rechter een belangrijk aanknopingspunt bij de waardering van getuigenbewijs. Wanneer de verklaring van de getuige, of tenmiste, zoals in de praktijk vaak aan de orde zal zijn, onderdelen van die verklaring, overeenstemmen met schriftelijke bewijsmiddelen, fungeert dat als argument voor de waarheidsgetrouwheid van de verklaring. Zo kan de verklaring van een getuige dat een bepaald telefoongesprek is gevoerd, bevestiging vinden in een nadien verzonden brief, die zich bij de processtukken bevindt, waarin wordt gerefereerd aan het telefoongesprek. De brief zelf is, na gemotiveerde betwisting door de wederpartij, eerder onvoldoende bewijs geacht voor het telefoongesprek, maar de getuigenverklaring in combinatie met de brief, kan de rechter leiden tot de inschatting dat de verklaring waarheidsgetrouw is.

Ook bij de toetsing aan het criterium van consistentie is het van groot van belang dat de rechter *doorvraagt*. Wanneer de rechter verzuimt bij de getuige om een toelichting te vragen op een gesignaleerde inconsistentie, kan dit ertoe leiden dat aangenomen wordt dat sprake is van een tegenstrijdigheid in de verklaring terwijl daarvan geen sprake is. Iets wat bij eerste blik een inconsistentie lijkt, hoeft dat, wanneer een nadere toelichting wordt gegeven of nadere details worden verstrekt, helemaal niet te zijn. De rechter moet daarom de getuige confronteren met de gesignaleerde inconsistentie en om opheldering vragen. Het is niet zelden dat de getuige gewoon kan uitleggen wat de reden is van de gesignaleerde verschillen, waarbij zich ook nog wel eens voordoet dat de rechter zelf de verklaring niet goed heeft begrepen, of anders heeft begrepen dan is bedoeld. Wanneer de getuige geen opheldering kan geven over gesignaleerde inconsistenties, is dit ook belangrijke informatie. In de praktijk wordt dit nog wel eens nagelaten, misschien in gedachten al vooruitlopend op het eindvonnis, waarin de inconsistente verklaring van de getuige makkelijk 'weggeschreven' kan worden.

92 A.A. de Pinto (1879) p. 580.

Maar precies in het doorvragen van de rechter ligt de kracht van het getuigenbewijs; pas wanneer de rechter doorvraagt, komt dit bewijsmiddel tot zijn recht. Dit doorvragen dient uiteraard niet op sturende of suggestieve wijze plaats te vinden, waarmee de rechter de verklaring van de getuige zou kunnen beïnvloeden. Het gaat erom dat de rechter zich niet afwachtend, louter lezend of luisterend moet opstellen. Dit is ook al aangegeven in paragraaf 3.4 en paragraaf 3.7, bij de bespreking van de taak van de rechter ten aanzien van het vaststellen van de feiten waarover partijen het eens zijn en het aanvullen van feiten.

Hierbij past ook dat de rechter naar aanleiding van wat er naar voren komt tijdens een getuigenverhoor, de (partij)getuige vraagt naar andere bewijsmiddelen. Wanneer bijvoorbeeld tijdens het getuigenverhoor gerept wordt over het verslag van een bepaalde vergadering dat nog niet eerder in het geding is gebracht, waaruit de te bewijzen feiten zouden blijken, kan de rechter met partijen afspreken dat dit alsnog gebeurt. Dit komt de waarheidsvinding ten goede. Zie over het belang van een doorvragende rechter ook A-G Bakels:

*“Ten eerste is de bewijskracht van de verklaringen mede afhankelijk van het vermogen van de verhorende rechter om dóór te vragen (...).”*<sup>93</sup>

Met alleen doorvragen is de rechter er dus nog niet. Minstens zo belangrijk is een goede verslaggeving van het getuigenverhoor in het proces-verbaal.<sup>94</sup> Daaruit moet niet alleen blijken wat de getuige heeft gezegd, maar ook welke vragen de rechter, dan wel partijen of hun advocaten, aan de getuige hebben gesteld. Pas dan is het antwoord op waarde te schatten.

Dit geldt ook zeker met het oog op de toetsing aan het criterium van consistentie. Wanneer de getuige eerst verklaart dat hij aanwezig was bij een bepaalde gebeurtenis en later dat dat niet het geval was, moeten deze beide verklaringen in het proces-verbaal worden opgenomen. Juist het wisselen van verklaringen is iets wat kan wijzen op het niet waarheidsgetrouw zijn van de verklaring; dan moet dit echter wel uit het proces-verbaal blijken. Het ideale proces-verbaal wordt door Hidma als volgt omschreven:

*“Het relaas dient zo beeldend te zijn dat de film van het verhoor – inclusief het eventuele ‘gedraai’ van de getuige – bij lezing op het netvlies verschijnt.”*<sup>95</sup>

93 A-G Bakels in punt 2.5 van zijn conclusie voor HR 21 december 2001, NJ 2002, 60.

94 Wat dat betreft is ook de regel dat geen proces-verbaal hoeft te worden opgemaakt van een getuigenverhoor in zaken waarin geen hoger beroep openstaat (art. 181 Rv), weinig aansprekend. Verslaglegging dient niet alleen plaats te vinden met het oog op hoger beroep, maar ook in het belang van de kwaliteit van de bewijsbeslissing.

95 T.R. Hidma (2005) p. 304.

Dit zal in de praktijk teveel gevraagd zijn (een video- of bandopname zou dan realistischer zijn, maar daarvan is door de wetgever om praktische redenen afgezien),<sup>96</sup> maar de uiterst summiere weergave van verklaringen die thans soms worden opgesteld, zijn voor verbetering vatbaar.<sup>97</sup> Een proces-verbaal van getuigenverhoor is nu vaak een beknopte samenvatting van wat volgens de rechter van belang is van hetgeen de getuige heeft verklaard.<sup>98</sup> Het proces-verbaal moet echter zoveel mogelijk een weergave zijn van de antwoorden van de getuige op de gestelde vragen.<sup>99</sup> In het proces-verbaal zou te lezen moeten zijn: ‘u zegt nu X, maar in de stukken lees ik Y. Hoe laat zich dat verklaren?’. Of: ‘de vorige getuige verklaarde Y. Kunt u dit toelichten?’

Kortom, alleen wanneer de rechter goed – maar niet sturend – doorvraagt en wanneer de verslaglegging van het verhoor nauwkeurig plaatsvindt, kan de rechter een toetsing aan het criterium van consistentie naar behoren uitvoeren.

### 6.6.3 Kwaliteit van de verklaring

Een volgend criterium is de kwaliteit van de getuigenverklaring. Dit is het gewicht of de betekenis van een getuigenverklaring voor de bewijsopdracht. Net als bij relevantie gaat het om een glijdende schaal: sommige verklaringen hebben meer kwaliteit en andere verklaringen hebben minder kwaliteit.

De mate van kwaliteit kan worden bepaald door de kwaliteit van de waarneming van de getuige. Als bewezen moet worden dat het stoplicht op rood stond, is de verklaring van een getuige die het stoplicht slechts van zeer grote afstand heeft kunnen zien, van minder kwaliteit dan die van een getuige die zelf voor het stoplicht stond te wachten. Niet alleen omdat die getuige dichterbij was en dus in het algemeen een meer betrouwbare waarneming kon doen, maar ook omdat deze getuige, naar in zijn algemeenheid te verwachten is, een meer bewuste waarneming heeft gedaan omdat hij zijn eigen gedrag (stoppen of doorrijden) daarop moest afstemmen. Dit voorbeeld laat zien hoe belangrijk het is dat de rechter gedetailleerd navraagt naar de bron van de kennis van de getuige; dit is van belang om de kwaliteit van de verklaring te kunnen beoordelen.

Met doorvragen kan de rechter bovendien achterhalen hoe dicht de getuige zich in figuurlijke zin bij de bron van informatie heeft bevonden en wat de kwaliteit

96 Parlementaire geschiedenis nieuw bewijsrecht (1988) p. 279-80.

97 Zie ook W.D.H. Asser (1999): de ‘*fact finding*’ dient gestructureerder te verlopen en de verslaglegging daarvan moet worden verbeterd.

98 De verslaglegging van een getuigenverhoor in Nederland (en in andere continentale rechtssystemen) verschilt hiermee van die in de Verenigde Staten, zie Remme Verkerk (2010) p. 248-249.

99 De rechter zou daarvoor moeten worden geassisteerd door een ervaren notulist. De huidige praktijk, waarin de rechter én vragen moet stellen, én de antwoorden moet begrijpen, én aan de hand van de gegeven antwoorden dient door te vragen, én het proces-verbaal moet dicteren, vergt veel van de rechter en maakt het bijna onontkoombaar dat de rechter achteraf (of tussentijds, in gedeelten) het verhoor samenvat.

van de verklaring in dat opzicht is. Vroeger mocht een getuigenverklaring alleen maar betrekking hebben op wat de getuige zelf verricht, gehoord, gezien of onderzonden had; meningen of gissingen, bij gevolgtrekking en redenering opgemaakt, konden niet als getuigenis in aanmerking worden genomen (1934 BW-oud).<sup>100</sup> Deze bepaling heeft zich ontwikkeld tot de nu ook geldende regel dat ‘*de getuige alleen uit eigen waarneming mag verklaren*’ (art. 163 Rv).<sup>101</sup> Maar dit betekent niet dat niet ‘van horen zeggen’ verklaard mag worden.<sup>102</sup> Zo kan het bij ‘uit eigen waarneming bekende feiten’ ook gaan om indrukken van de getuige naar aanleiding van bepaalde gebeurtenissen;<sup>103</sup> om zaken die de getuige iemand heeft horen zeggen<sup>104</sup> of om feitelijke gevolgtrekkingen.<sup>105</sup> De ‘eigen waarneming’ omvat dus ook de eigen indruk van de getuige. De verklaring van een getuige ‘dat hij X hoorde zeggen dat de koop rond was’, kan daarom bijdragen aan het bewijs van het feit dat een koopovereenkomst tussen X en Y tot stand is gekomen, ook als is de getuige niet zelf aanwezig geweest bij het sluiten van de koopovereenkomst.

Hiermee is echter niet gezegd dat de rechter aan de verklaring van een getuige ‘dat hij van X gehoord heeft dat z het geval is geweest’, evenveel kwaliteit zou moeten toekennen als aan de verklaring dat ‘hij zelf gezien heeft dat z het geval is geweest’. In het algemeen kan gesteld worden dat een verklaring van een getuige die berust op een eigen waarneming meer kwaliteit heeft dan een verklaring die niet op eigen waarneming berust.<sup>106</sup>

Soms wordt de kwaliteit ook afgemeten aan de mate van detaillering van de verklaring. In het algemeen zal de neiging bestaan om een meer gedetailleerde verklaring als een betere verklaring te beschouwen, waarschijnlijk vooral omdat het verklaren over details de indruk wekt dat de getuige een nauwe betrokkenheid had bij het onderwerp waarop de bewijsopdracht betrekking heeft. Een summiere verklaring op hoofdlijnen geeft de indruk dat de getuige minder betrokken was en zijn verklaring daardoor minder kwaliteit heeft.

Maar dit is een valkuil voor de rechter. In de eerste plaats bestaan er grote verschillen tussen mensen in de capaciteit om details van gebeurtenissen te reproduceren. In de tweede plaats, zo blijkt in de praktijk, beperken getuigen zich

100 Deze bepaling werd doorgaans zo uitgelegd, dat getuigen alleen mochten verklaren over hetgeen zij zintuiglijk hadden kunnen waarnemen. Zie Asser/Anema & Verdam (1953) p. 255 e.v.

101 Pitlo/Hidma & Rutgers (2004) p. 130-131.

102 Parlementaire geschiedenis nieuw bewijsrecht (1988) p. 170. Zie bijvoorbeeld ook C.W. Star Busmann (1938) p. 615. Volgens W.D.H. Asser (1997) p. 9, zou de bepaling ook kunnen worden afgeschaft.

103 HR 21 december 2001, NJ 2002, 60; HR 23 maart 1984, NJ 1984, 568.

104 HR 17 oktober 2003, NJ 2003, 721; HR 26 november 1948, NJ 1949, 149.

105 HR 24 mei 1940, NJ 1941, 421. Zie voorts conclusie A-G Bakels bij HR 21 december 2001, NJ 2002, 60.

106 Of, zoals John Locke (1706) p. 586, opmerkt: “(...) *That any testimony, the further off it is from the original truth, the less force and proof it has.*”

aanvankelijk vaak tot de hoofdlijnen; pas wanneer de rechter doorvraagt naar details, wordt daarover verklaard. Maar omdat de vraagstelling van de rechter doorgaans niet in het proces-verbaal wordt opgenomen, is achteraf niet te zien of de rechter inderdaad heeft doorgevraagd naar details of dat dit is nagelaten. In de derde plaats wint een verklaring, anders dan soms wordt aangenomen, niet enkel door gedetailleerdheid aan kwaliteit. Wanneer bewijs moet worden geleverd van een bepaald handelsgebruik, wordt de relevantie van een getuigenverklaring groter wanneer deze gedetailleerd inhoudt wat dat handelsgebruik omvat. Wanneer echter bewezen moet worden dat een bepaalde geldsom contant is overhandigd, wint een verklaring die allerlei details inhoudt over de inrichting van de kamer waarin het geld werd overhandigd, koffie die werd ingeschonken, de exacte plaats waar partijen stonden of zaten, in het algemeen door die details niet aan kwaliteit. Van geval tot geval zal derhalve moeten worden beoordeeld waarop de details precies betrekking hebben, en of, in relatie tot de bewijsopdracht, daarmee dit de kwaliteit van de verklaring vergroot.

De kwaliteit van de verklaring kan ten slotte ook betrekking hebben op de deskundigheid of kwaliteiten van de getuige die de verklaring aflegt, in relatie tot het onderwerp van de bewijsopdracht.

In het algemeen zal de verklaring van een getuige die deskundig is op een bepaald terrein, meer kwaliteit hebben dan de verklaring van een getuige die niet over die kennis beschikt. Wanneer een bewijsopdracht betrekking heeft op het onderhoud van schouwsloten, zal de rechter meer gewicht toekennen aan de verklaring van een getuige die op het gebied van schouwsloten werkzaam is bij een waterschap. Het is ook om deze reden dat de rechter altijd moet vragen naar de bron van de kennis van een getuige.<sup>107</sup>

Belangrijk is ook de positie van de getuige in het geschil waarin hij een verklaring aflegt. Zoals gezegd zijn er vaak geen neutrale of onafhankelijke getuigen; wanneer dat echter wel het geval is, zal de verklaring van zo'n neutrale getuige meer gewicht in de schaal leggen en de rechter leiden tot een meer positieve inschatting van de waarheidsgetrouwheid van de verklaring dan van de verklaring van een getuige die betrokken is bij een der partijen.

Met het oog op de positiebepaling van de getuige moet de rechter altijd vragen naar de verhouding van de getuige tot partijen en naar de wijze waarop de getuige betrokken is bij de zaak. Ook hiervan moet melding worden gemaakt in het proces-verbaal, naast de gegevens die vermeld moeten worden op grond van art. 177 lid 1 Rv.

107 R.J.B. Boonekamp (2003) p. 30, wijst erop dat dit de reden is waarom de rechter volgens de wet de getuige moet vragen naar zijn beroep. Ook de leeftijd van de getuige zou hier een rol kunnen spelen.

#### 6.6.4 Coherentie van de verklaring

Een vierde en laatste criterium bij de beoordeling van de waarheidsgetrouwheid van een getuigenverklaring is de coherentie van de verklaring. Coherentie omvat consistentie, maar is méér dan dat; coherentie houdt ook begrijpelijkheid in. Coherentie stelt de lezer of luisteraar in staat om aan de hand van algemene ervaringsregels en algemene principes over oorzaak en gevolg, verbanden aan te brengen tussen verschillende elementen uit de verklaring waardoor deze samenhang krijgen en tezamen een begrijpelijk geheel vormen.

Van een gebrek aan coherentie kan sprake zijn wanneer een verklaring leemtes, onduidelijkheden of onverklaarbare sequenties bevat. Zo kan een getuige verklaren dat hij met zijn fiets over de kop sloeg, een grote hoofdwond had en vervolgens de krant ging lezen. Op het eerste gezicht is dit geen begrijpelijke verklaring. Het lezen van de krant is normaal gesproken geen logisch gevolg op een valpartij en een hoofdwond; de verklaring is niet coherent.

Opnieuw geldt hier dat van groot belang is dat de rechter de juiste vragen stelt aan de getuige en ook doorvraagt. ‘Waarom ging u de krant lezen? Moest u niet eerst even langs de dokter met uw hoofdwond?’ Wellicht blijkt dat de getuige de krant ging lezen omdat hij moest wachten op de ambulance en hij even afleiding zocht. Meer informatie kan ertoe leiden dat feiten die aanvankelijk een niet-coherente verklaring opleverden, bij nadere beschouwing wel in een samenhangend verband zijn te plaatsen.

Een coherente verklaring zal een verklaring zijn met een kop en een staart, een verklaring die een *verhaal* vormt. Daarmee stuiten we op de *narratieve structuur* van de getuigenverklaring. Al eerder is in paragraaf 3.5 gesproken over narrativiteit. Daar werd in het kader van de waarheids- en volledigheidsplicht van partijen besproken dat in de narratologie ‘het verhaal’ de sleutel tot het duiden en begrijpen van de werkelijkheid is. Verhalen zijn van essentieel belang om ordening aan te brengen in de veelheid van informatie. Dit kan worden doorgetrokken naar de juridische procedure: het verhaal maakt het voor de rechter mogelijk om het standpunt van partijen te begrijpen en het biedt de rechter een handvat om tot een beslissing te kunnen komen.

Ook getuigenverklaringen zullen beoordeeld worden op hun narratieve structuur. Hoe sterker die narratieve structuur is, hoe meer coherentie de verklaring heeft, des te meer zal de rechter genegen zijn om de verklaring als waarheidsgetrouw in te schatten. Door sommige auteurs is wel betoogd dat narratieve coherentie, de verhalende kracht van een verklaring, zelfs het belangrijkste aspect is bij de beoordeling van de waarheidsgetrouwheid van getuigenverklaringen. De verhalende kracht van een verklaring maakt het eenvoudiger voor de luisteraar, de rechter, om zich in te leven in de verklaring en die verklaring voor waar te houden. Lees bijvoorbeeld McCormick, een van de eerste auteurs die heeft geschreven over de rol van narratieve coherentie in rechtspraak:

*“Since almost all legal disputes, trials and litigation concern past facts and events, and since no past facts or events are susceptible of direct proof by immediate observation, narrative coherence is a test of great, indeed central importance in the justification of legal decisions.”*<sup>108</sup>

De reden dat narratieve coherentie zo’n belangrijke rol speelt, is, zo stelt MacCormick, dat de mens altijd op zoek is naar verklaringen, naar oorzaak en gevolg, naar redenen die aangeven waarom iets op een bepaalde manier is gebeurd; de mens wil de wereld *begrijpen*.<sup>109</sup> Het is de plot van het verhaal die hierin moet voorzien; de plot maakt de luisteraar duidelijk waarom gebeurtenissen zich op een bepaalde wijze hebben afgespeeld en waarom partijen bepaalde handelingen hebben verricht of nagelaten. Wanneer de plot onduidelijk is of leemtes bevat, zal de luisteraar het verhaal als niet waarheidsgetrouw inschatten.<sup>110</sup>

Bij het centraal stellen van de verhalende kracht van een getuigenverklaring moet echter een tweetal kanttekeningen worden gemaakt. Een eerste kanttekening is dat niet elke getuige in staat is om een verhaal te vertellen. Het vertellen van verhalen vereist bepaalde capaciteiten. De getuige moet kunnen begrijpen en ook feitelijk hebben begrepen, wat de context is van de verklaring die hij aflegt en waarop de verklaring betrekking moet hebben. Regelmatig blijkt een getuige wel een globaal idee te hebben waarover het gaat, maar toch niet precies te weten wat nu eigenlijk de pointe van zijn verklaring zou moeten zijn. Het is daarom belangrijk dat de rechter aftast of dit begrip bij de getuige aanwezig is en zo nodig nog een toelichting geeft.

Verder moet de getuige verbale kwaliteiten hebben. Hij moet woorden kunnen hebben en die ook kunnen vinden, zinnen kunnen maken, en die zinnen in een verband kunnen plaatsen. Het lijkt zo eenvoudig, maar de praktijk is anders: er zijn tal van getuigen die vanwege het ontbreken van de benodigde vaardigheden niet in staat zijn om een verhaal te vertellen. De rechter moet dan overgaan op

108 Neil MacCormick (1984) p. 245.

109 Neil MacCormick (1984) p. 247. Dit geldt althans als het gaat om gebeurtenissen waar menselijke handelingen een rol spelen. Als dat niet het geval is, willen we juist een uitleg “*in a non-intentional and non-motivational causal or probabilistic way*.”

110 Zie hierover met name het onderzoek van W.L. Bennett en M.S. Feldman (1981), *Reconstructing Reality in the Courtroom*, dat zich richtte op de rol van narrativiteit in de strafrechtelijke procedure. Uit dit (deels empirische) onderzoek bleek dat onduidelijkheid over de structuur van een verhaal (verklaring) van negatieve invloed was op de geloofwaardigheid van de verklaring. Dit deed zich met name voor wanneer de verklaring in de ogen van de luisteraar (rechter of jury) meerdere interpretaties van de plot toeliet of leemtes bevatte. Dit bracht Bennet en Feldman tot de these dat “*the criminal trial is organized around storytelling*” (p. 3), waarbij zij met name naar voren brachten hoe vooroordelen en paradigma’s van de luisteraar van invloed zijn op de beoordeling van de door het OM en de verdediging vertelde verhalen. Zie over de theorie van Bennet en Feldman onder meer Crombag, Van Koppen en Wagenaar (2006) p. 58 e.v.; William Twining (2006) p. 306 e.v.; B.S. Jackson (1988) p. 63 e.v.



het stellen van korte, duidelijke vragen, waarop de getuige kan volstaan met korte antwoorden.

Het kunnen vertellen van een verhaal vereist ook dat mensen ‘symbolen kunnen manipuleren in een narratieve vorm’.<sup>111</sup> Een verhaal vertellen is meer dan het meedelen van feiten; er moet ook overdracht van *betekenis* plaatsvinden. Het vertellen van een verhaal vereist daarom inzicht in welke betekenis eigenlijk overgedragen moet worden. Daarvoor is het soms ook nodig om de juridische context te begrijpen.

Bovendien moet de verteller over verbeeldingskracht beschikken, die hem in staat stelt te begrijpen hoe het verhaal verteld moet worden, hoe betekenis op de luisteraar kan worden overgedragen. Ook dit is niet elke getuige gegeven. En ook hier geldt dat het aan de rechter is om door het stellen van nadere vragen aan, of in gesprek met de getuige, toch een zo goed mogelijk verhaal te verkrijgen van de getuige.

Met andere woorden, een verklaring die geen sterke narratieve structuur heeft – een onsamenhangend verhaal, een verhaal met dubbelzinnigheden of leemtes – *hoeft* niet te duiden op het niet waarheidsgetrouw zijn van de verklaring. Het is zaak dat de rechter die zich geconfronteerd ziet met onduidelijkheden, dubbelzinnigheden of leemtes in een verklaring, de getuige daarover nadere vragen stelt. Die vragen van de rechter kunnen bewerkstelligen dat er alsnog een samenhangend en begrijpelijk verhaal ontstaat.

Hiermee is ook de tweede kanttekening gegeven bij het centraal stellen van de verhalende kracht van een getuigenverklaring: de persoonlijke inbreng van de rechter.<sup>112</sup> Die persoonlijke inbreng van de rechter speelt *altijd* een rol bij getuigenverhoren, waar de kwaliteit van het verhoor, zo is al eerder benadrukt, staat of valt met doorvragen en het niet sturen van de getuige. En ook hier treedt die persoonlijke inbreng sterk aan het licht: welk verhaal de rechter als samenhangend en begrijpelijk beschouwt, hangt in sterke mate samen met haar eigen kennis, meningen, ervaringen, opvattingen. Deze kunnen tesamen worden aangeduid als de totale ‘*stock of knowledge*’ van de rechter, dat is:

*“(...) ill defined agglomerations of beliefs that typically consist of a complex soup of more or less well-grounded information, sophisticated models, anecdotal memories, impressions, stories, myths, proverbs, wishes, stereotypes, speculations and prejudices.”*<sup>113</sup>

Een getuige kan een waarheidsgetrouwe verklaring afleggen over bepaalde feiten, terwijl de rechter de verklaring als niet waarheidsgetrouw beoordeelt, omdat deze vanuit haar perspectief een onlogische wending heeft. Ook kan zich voordoen dat

111 W.L. Bennet en M.S. Feldman (1981) p. 6

112 Dit is met name wat W.L. Bennet en M.S. Feldman (1981) aan de kaak wilden stellen.

113 William Twining (2006) p. 338.

de rechter het verhaal zelf zodanig invult dat een voor de rechter begrijpelijk verhaal ontstaat, terwijl dit niet het verhaal van de getuige is.

Dit is het probleem van interpretatie, van subjectiviteit, dat voor elke rechterlijke beslissing en zeker voor bewijsbeslissingen geldt, en daarom nog afzonderlijk zal worden besproken. Maar het probleem van interpretatie heeft hier een specifieke lading, omdat het duidelijk maakt hoe belangrijk het is dat de rechter open staat voor het verhaal van de getuige en niet blijft hangen bij háár visie op wat een logische of begrijpelijke gang van zaken is.

Lastig is daarbij vooral de invloed van het dossier. Voorafgaand aan het getuigenverhoor heeft de rechter kennis genomen van alle processtukken en misschien partijen al eerder op een zitting gesproken. Ook deze kennis maakt deel uit van de *'stock of knowledge'* van de rechter en is van invloed op haar receptie van het verhaal van de getuige. Dit is aan de ene kant nuttig en noodzakelijk: de rechter moet weten waarover de zaak gaat om getuigen te kunnen verhoren. Bovendien begrijpt de rechter de verhalen van de getuigen ook tegen de achtergrond van de reeds beschikbare informatie uit het dossier en al eerder gehoorde getuigen. Wanneer een getuigenverklaring geen coherent geheel vormt met beweringen die in het dossier zijn gedaan of met verklaringen die door andere getuigen zijn afgelegd, kan dit wijzen op ongeloofwaardigheid van de verklaring. Het is daarom belangrijk dat de rechter gebrek aan samenhang of begrijpelijkheid ten opzichte van stellingen uit het dossier of verklaringen van andere getuigen signaleert en voorhoudt aan de getuige.

Aan de andere kant dreigt het gevaar dat de rechter al zoveel verwachtingen heeft over de inhoud van het verhaal, dat zij onvoldoende openstaat voor andere wendingen die het verhaal blijkt te nemen. Voordat alle getuigen zijn gehoord, heeft de rechter het verhaal zelf al gemaakt. Maar als een getuigenverklaring niet *matcht* met beweringen in het dossier, kan dit natuurlijk ook betekenen dat die beweringen niet juist waren!

Hier geldt hetzelfde als is gesteld in paragraaf 3.6: de rechter moet haar oordeelsvorming zo lang mogelijk uitstellen en zo lang mogelijk wachten met het afronden van het verhaal. Pas wanneer alle verklaringen zijn afgelegd en wanneer zoveel mogelijk is doorgevraagd op ongerijmdheden of leemtes in het verhaal – en partijen zonodig nog de gelegenheid hebben gekregen om daarop te reageren –, is het tijd voor een oordeel over de waarheidsgetrouwheid van de getuigenverklaringen.

#### **6.6.5    *Geloofwaardigheid van de verklaring?***

Tot nu toe zijn vier criteria besproken waarvan de rechter gebruik kan maken bij de beoordeling van de waarheidsgetrouwheid van getuigenverklaringen: relevantie, consistentie, kwaliteit en coherentie van de verklaring. De vraag rijst of er nu nog plaats moet worden ingeruimd voor een vijfde criterium, de *geloofwaardigheid*

van de verklaring, wellicht als een rest-categorie van elementen die al dan niet kunnen wijzen op de waarheidsgetrouwheid van de verklaring van de getuige.

In rechterlijke uitspraken is regelmatig te lezen dat de verklaring van een getuige ‘niet geloofwaardig’ wordt geacht. Dit kan uitdrukken dat sprake is van een verklaring die innerlijk tegenstrijdig is, van een verklaring met een lage kwaliteit omdat de getuige over iets verklaart wat hij uit de tweede hand heeft gehoord of om een verklaring met hiaten. Zo’n verklaring schiet dan tekort op achtereenvolgens de aspecten consistentie, kwaliteit en coherentie. Maar de rechter kan met die formulering ook het oog hebben op een vermoeden dat de getuige geen waarheidsgetrouwe verklaring heeft afgelegd. Het is dan de vraag waarop de rechter zo’n vermoeden zou kunnen baseren, anders dan op de genoemde aspecten.

Te denken is aan zaken als de fysieke houding van een getuige, de manier waarop de getuige de vragen beantwoordt (snel of na lang nadenken, zelfbewust of aarzelend) of de lichaamstaal van de getuige (zweeten, blozen, knippen met de ogen, trillen van de handen). Dergelijke factoren kunnen aanleiding zijn voor de veronderstelling dat de verklaring niet waarheidsgetrouw is, zeker wanneer de getuige, bijvoorbeeld, in dienst is bij een van partijen, waardoor er bij de getuige redenen zouden kunnen zijn om geen waarheidsgetrouwe verklaring af te leggen.

Het is echter uiterst twijfelachtig of dergelijke factoren een indicatie vormen voor de geloofwaardigheid van de getuige. Het probleem is, in de woorden van Nolst Trenité:

*“Men stelt zich voor dat de leugen, welke op het papier der conclusiën een gemakkelijke huisvesting vond, zich zal aftekenen op het voorhoofd van den schuldige, en dat van de goede trouw, waar deze aanwezig is, oogen en lippen zullen getuigen. Maar zij die dit gelooven, vergeten dat er lieden zijn, die met trouwhartig gelaat en met onbeschroomde oogopslag verhalen kunnen voordragen, die uit de zwartste leugens zijn saamgeweven. En dat er aan den anderen kant eerlijke, waarheidslievende mensen zijn, die tegenover zulk een tegenpartij hun bedaardheid verliezen, beginnen te stotteren en den schijn opwekken van in verwarring te zijn gebracht, wat zij ook zijn.”<sup>114</sup>*

En bijna honderd jaar later is dit nog steeds de stand van zaken, zo blijkt uit psychologisch onderzoek: observaties over de wijze waarop de getuige zijn verklaring aflegt, bieden geen solide basis om conclusies te trekken over de waarheidsgetrouwheid van de verklaring.<sup>115</sup> Zelfs voor deskundigen blijkt het uitermate problematisch te zijn om vast te stellen of een getuige een waarheidsgetrouwe

<sup>114</sup> J.G.L. Nolst Trenité (1915) p. 209.

<sup>115</sup> Crombag, Van Koppen en Wagenaar (2006) p. 49-50, met verdere literatuurverwijzingen. Idem D.H.J. Wigboldus (2010) p. 51-52. Volgens Wigboldus is de beste strategie om de betrouwbaarheid van een getuige in te schatten ‘niet op het gezicht letten’. Wel zou men op de toonhoogte van de stem van de getuige kunnen letten, maar dit lijkt moeilijk omdat de rechter geen referentiemateriaal heeft over de normale stemhoogte van de getuige. Zie ook A.A. Derksen (2010) p. 202, die in dit verband over het ‘gevaar van het Magisch Oog’ spreekt.

verklaring aflegt.<sup>116</sup> Het is dan ook te betwijfelen of de rechter op grond van uiterlijkheden als de manier van spreken of de lichaamstaal van de getuige, conclusies kan trekken over de geloofwaardigheid van een verklaring.<sup>117</sup>

Bij een afzonderlijk toetsingselement van de geloofwaardigheid van de getuige, kan ook worden gedacht aan de innerlijke overtuiging van de rechter, de innerlijke stem of intuïtie van de rechter over de geloofwaardigheid van de verklaring;<sup>118</sup> de rechter kan het *gevoel* hebben dat een getuige niet de waarheid spreekt. Zoals gezegd, is de rechter waarschijnlijk niet in staat om op grond van uiterlijke kenmerken of impressies te beoordelen of de verklaring van de getuige waarheidsgetrouw is. In dat geval is het niet duidelijk wat de intuïtie van de rechter nog zou kunnen toevoegen. De innerlijke overtuiging zou als het ware een afzonderlijk ingrediënt bij de bewijsbeslissing zijn, maar wat is dan de inhoud van dat ingrediënt? Alleen voor zover de rechter hierop een antwoord kan geven aan de hand van de besproken vier criteria relevantie, consistentie, kwaliteit of coherentie, en daarmee haar gevoel intersubjectief kan maken, kan dat gevoel een rol spelen. Als dat niet mogelijk is, is voor de intuïtie of het gevoel van de rechter over de waarheidsgetrouwheid van de verklaring geen plaats. Er kan dan niet worden voldaan aan het vereiste dat de rechter bediscussieerbare argumenten aan haar beslissing ten grondslag legt. Verwezen kan worden naar paragraaf 6.3, waar de innerlijke overtuiging van de rechter is besproken.

Dit betekent dat de rechter beperkt is bij de beoordeling van de waarheidsgetrouwheid van een getuigenverklaring, wat een gevolg is van de eerder gesignaleerde asymmetrie bij kennisverwerving op basis van getuigenverklaringen. Vergelijk Star Busmann:

*“Ik ontken echter, dat het mondelinge verhoor de rechter in staat zou stellen de geloofwaardigheid der partijen in vollen omvang te toetsen. Tot op zekere grens geloofwaardig zijn partijen steeds; het mondelinge debat is het beste middel die grens uit te breiden, door ten overstaan des rechters te doen vaststellen tal van voor het geschil gewichtige punten. (...) Buiten die grens echter, aangaande volkomen tegenstrijdige beweringen van partijen die ieder op haar stuk blijven staan, zonder dat eenig ander overtuigingsmiddel den rechter te hulp komt, behoort hij hare min of meerdere geloofwaardigheid*

116 Daarom stellen Crombag, Van Koppen en Wagenaar (2006) p. 389-390, dat de verklaring van een deskundige over de geloofwaardigheid van de verklaring van een getuige, weinig toevoegt aan de verklaring van de getuige zelf. Volgens hen doet de rechter er dan ook goed aan op ‘de klassieke manier’ te werk te gaan en na te gaan of de verklaring overeenstemt met andere gegevens. In zaken waarin schadevergoeding wegens seksueel misbruik wordt gevorderd, wordt met enige regelmaat gebruik gemaakt van dergelijke deskundigenberichten.

117 En dit terwijl, aldus D.H.J. Wigboldus (2010) p. 51, wij in het algemeen binnen een seconde ons een indruk hebben gevormd over de betrouwbaarheid van een persoon.

118 Vergelijk R.J.B. Boonekamp (2003) p. 30, die als toetsingselement noemt de “*intuïtie van de rechter en de indrukken die de getuigen op hem hebben gemaakt bij het verhoor*”.

*niet aan zijn uitspraak tot grondslag te leggen. Ik acht den rechter volstrekt onbevoegd psychologische raadsels op te lossen.”*<sup>119</sup>

De rechter kan niet anders dan zich bij deze beperkingen neerleggen. Uiteindelijk gaat het in de procedure ‘slechts’ om de *feitelijk aanwijsbare grondslagen* voor de waarheidsgetrouwheid van een getuigenverklaring. Lees ook Levy:

*“Bij de beoordeling van de waarde der getuigenissen geeft de rechter acht op de meerdere of mindere geloofwaardigheid der getuigen.  
Voor een afwijzend oordeel, mag hij slechts zich laten leiden door hetgeen, duidelijk waarneembaar, gebleken is, rechtstreeks en onmiddellijk, de geloofwaardigheid te verzwakken.”*<sup>120</sup>

De innerlijke overtuiging, intuïtie of indruk die de rechter heeft van de getuige of diens verklaring, is niet zo’n feitelijk aanwijsbare grondslag; de rechter dient dit dan ook niet ten grondslag te leggen aan de beslissing over de bewijswaardering.

De rechter zal zich moeten richten op de *inhoud* van de verklaring, in feite de inhoud van het *proces-verbaal*, en dit aan een nauwkeurig onderzoek moeten onderwerpen, in samenhang met andere getuigenverklaringen en de processtukken. Alles wat van belang is bij de waardering van het getuigenbewijs, moet terug te vinden zijn in het proces-verbaal van het getuigenverhoor. Nauwkeurige verslaglegging van de verklaring in het proces-verbaal is daarvoor een vereiste. Ook eventuele bijzonderheden die zich tijdens het getuigenverhoor hebben voorgedaan, behoren in het proces-verbaal te worden opgenomen. Te denken is aan een tijdens het verhoor uitgebroken ruzie, de interventie van een partij of het pas na lang doorvragen beantwoorden van een vraag door de getuige.<sup>121</sup> Wanneer dergelijke omstandigheden zijn opgenomen in het proces-verbaal, zijn deze benoembaar en kunnen ze zo nodig een rol spelen bij de beoordeling van de waarheidsgetrouwheid van de verklaring, bijvoorbeeld via het criterium van de kwaliteit van de verklaring.<sup>122</sup>

In dat geval kunnen rechters die niet bij het getuigenverhoor aanwezig zijn geweest, geacht worden op gelijke wijze als de rechter die het verhoor heeft

119 C.W. Star Busmann (1915) p. 172-173 (overigens met betrekking tot de destijds fel bediscussieerde partijgetuige).

120 Opzoomer/Levy (1904) p. 72.

121 De overweging van de Hoge Raad in het kader van de waardering van schriftelijke getuigenverklaringen, ‘*dat betekenis kan worden gehecht aan andere feiten en omstandigheden, zoals de wijze waarop de verklaring is totstandgekomen*’, kan hier worden doorgetrokken (HR 19 december 2003, NJ 2004, 151).

122 De Hoge Raad lijkt iets soepeler, nu het vaste jurisprudentie is dat de rechter voor wat betreft de vraag wat ter zitting is voorgevallen, niet gebonden is aan het proces-verbaal. Zie HR 16 april 2004, NJ 2004, 425; HR 2 april 1999, NJ 1999, 656; HR 21 januari 1994, NJ 1994, 335.

afgenomen, het getuigenbewijs te waarden.<sup>123</sup> Er is dan weinig reden meer om de bepaling van art. 155 Rv, dat de rechter ten overstaan van wie bewijs is bijgebracht, zoveel mogelijk het eindvonnis (mede) zal wijzen, hier toe te passen.

#### **6.7 De inschatting van de waarheidsgetrouwheid van getuigenverklaringen en de bewijswaarderingsmaatstaf**

Wanneer de rechter de criteria voor de beoordeling van getuigenverklaringen hanteert, namelijk (1) relevantie, (2) consistentie, (3) kwaliteit en (4) coherentie, is daarmee dan uitsluitel te verkrijgen over de waarheidsgetrouwheid van de verklaring? Dat is niet het geval. Dat voldaan is aan deze criteria, biedt niet de *zekerheid* dat de verklaring waarheidsgetrouw is.

Voor het criterium van relevantie spreekt dat vanzelf: een verklaring kan relevant zijn – de verklaring is bruikbaar en heeft gewicht voor het probandum –, maar daarmee is niet gezegd dat de verklaring dus waarheidsgetrouw is. Hetzelfde geldt voor het criterium van consistentie. Een verklaring kan geen tegenstrijdigheden bevatten en de verklaring kan bovendien consistent zijn met andere verklaringen en de stellingen die in het dossier zijn ingenomen, maar ook dit betekent niet noodzakelijkerwijs dat de verklaring waarheidsgetrouw is. Verder kan de verklaring afkomstig zijn van een deskundig en goed geïnformeerde getuige, een verklaring dus met voldoende kwaliteit, maar tóch niet waarheidsgetrouw zijn.

En, in de literatuur het meest bediscussieerd, een verklaring kan een sterke verhalende structuur hebben, geen leemtes of onduidelijkheden bevatten, maar toch niet waarheidsgetrouw zijn. Ook hier is derhalve geen sprake van een toetsingscriterium dat uitsluitel geeft over de waarheidsgetrouwheid van de verklaring. Een goed verhaal is nog geen *waar* verhaal, zoals uit de literatuur naar voren komt (en aansluit bij het gezonde verstand).<sup>124</sup> Het onderliggende probleem is hier dat *coherentie* nu eenmaal geen uitsluitel biedt over de vraag of iets waar is. Om die reden wordt coherentie als criterium voor de waarheid van uitspraken altijd sterk bekritiseerd.<sup>125</sup>

Vanwege de ontoereikendheid van coherentie als graadmeter voor de waarheidsgetrouwheid van een verklaring, eisen Crombag c.s. dat getuigenverklaringen

123 Voor de in de jurisprudentie geformuleerde regel dat de appelrechter die tot een andere waardering van getuigenbewijs komt dan de rechter in eerste aanleg, ten overstaan van wie bewijslevering heeft plaatsgevonden, dit inzichtelijk moet motiveren, ligt het accent meer op het motiveringsaspect (HR 1 november 2002, NJ 2005, 281 m.nt. HJS en HR 14 november 2003, NJ 2005, 269 m.nt. Asser bij NJ 2005, 270).

124 Ook Bennet en Feldman kwamen in hun eerder aangehaalde onderzoek tot deze conclusie: onware verhalen kunnen geloofwaardig zijn en ware verhalen kunnen ongeloofwaardig worden bevonden, afhankelijk van de wijze waarop het verhaal werd verteld, dus afhankelijk van de narratieve samenhang in het verhaal.

125 Zie hierover bijvoorbeeld Anna Pintore (2000) p. 133-170; Susan Haack (1995) p. 52 e.v.; Keith Lehrer (2005); Duncan Pritchard (2006) p. 37-39.

verankerd zijn. De verankering van een verklaring houdt in dat deze is terug te voeren op algemeen aanvaarde regels of feiten van algemene bekendheid. Alleen een verankerde verklaring kan bijdragen aan een positieve bewijsbeslissing.<sup>126</sup> Een verankering zou bijvoorbeeld zijn: ‘een ooggetuige van een ongeval is in het algemeen in staat naderhand correct aan te geven hoe de toedracht van het ongeval was’.<sup>127</sup> Wanneer deze regel geldt (dat is waarschijnlijk niet het geval), dán is het gerechtvaardigd om een ooggetuigenverklaring ten grondslag te leggen aan de bewijsbeslissing.<sup>128</sup>

De kritiek van Crombag c.s. op strafrechtelijke bewijsvoeringen is dat verankeringen daarin vaak afwezig zijn, waardoor niet duidelijk is *waarom* een bepaald bewijsmiddel bijdraagt aan de (positieve) bewijsbeslissing. Een bewijsmiddel zonder verankering leidt niet dwingend tot een bepaalde conclusie en zou dus niet tot veroordeling van een verdachte mogen leiden.

Ditzelfde bezwaar kan tot op zekere hoogte ook aan civielrechtelijke bewijsbeslissingen worden tegengeworpen. Ook daar valt de vraag te stellen waarom een getuigenverklaring eigenlijk bijdraagt aan het bewijs, als deze niet verankerd is in een algemene regel over, bijvoorbeeld, de waarheidsgetrouwheid van ooggetuigenverklaringen. Als hier een verankering zou moeten worden genoemd, zou dat, zo volgt uit de voorgaande paragrafen, de volgende zijn: *getuigenverklaringen die relevant en consistent zijn en voldoende kwaliteit en coherentie hebben, zullen in het algemeen meer waarheidsgetrouw zijn dan verklaringen die tegenstrijdig en incoherent zijn, of minder relevantie en kwaliteit hebben*. Het is zeer de vraag of deze verankering zou voldoen aan de eisen die Crombag c.s. daaraan stellen.

In het civiele recht ligt de kwestie echter tegelijkertijd wezenlijk anders, omdat, anders dan in het strafrecht, geen wettig en *overtuigend* bewijs vereist is. Het is het element van ‘overtuigendheid’, het buiten redelijke twijfel zijn dat bepaalde feiten zich hebben voorgedaan, dat problemen oplevert wanneer een bewijsbeslissing wordt gebaseerd op getuigenverklaringen of andere bewijsmiddelen die niet deugdelijk verankerd zijn. Wanneer uitsluitend een getuigenverklaring ten grondslag ligt aan een identificatie van een verdachte, is dit niet overtuigend, omdat – als niet verankerd kan worden in de regel ‘de identificatie van een verdachte op basis van

126 Crombag, Van Koppen en Wagenaar (2006) p. 96 e.v. en Wagenaar, Van Koppen en Crombag (1993). Zie over hun verankeringstheorie onder meer William Twining (2006) p. 334 e.v. en Douglas Walton (2008) p. 109 e.v.

127 Vergelijk ook het door A. Grünebaum (1904) p. 148, gegeven voorbeeld van een syllogisme (‘verankering’) waarop de rechter haar oordeel kan bouwen, waarin de maior luidt: ‘*te goeder naam en faam bekend staande, naar de wet toelaatbare getuigen verdienen geloof*.’

128 Dat een bewijsmiddel moet zijn verankerd, geldt niet alleen voor getuigenverklaringen, maar voor alle bewijsmiddelen: verankering is de enige manier waarop een bewijsmiddel logisch kan bijdragen tot bewijs. Zo heeft het alleen maar zin om een vingerafdruk te laten bijdragen aan het bewijs, wanneer wordt uitgegaan van verankering in de regel ‘dat een vingerafdruk bewijst dat de persoon met die vingerafdruk ter plaatse aanwezig is geweest.’. Zie Crombag, Van Koppen en Wagenaar (2006) p. 98.

een ooggetuige is doorgaans juist<sup>129</sup> – de mogelijkheid open blijft dat de identificatie niet juist was.

In het civiele bewijsrecht geldt echter niet het vereiste van rechterlijke overtuiging. In paragraaf 5.6.5 is de civiele bewijswaarderingsmaatstaf als volgt omschreven:

*Een feit is voor de civiele rechter bewezen wanneer uit de beschikbare bewijsmiddelen redelijkerwijs kan worden afgeleid dat het feit zich heeft voorgedaan, en uit die bewijsmiddelen niet even goed kan worden afgeleid dat hetgeen de wederpartij met betrekking tot dat feit stelt, zich heeft voorgedaan, terwijl zich evenmin de situatie voordoet dat bewijsmateriaal dat redelijkerwijs verwacht mocht worden, ontbreekt.*

Deze maatstaf ligt lager dan de strafrechtelijke maatstaf en bevat met name geen aanknopingspunt om ook bij civiele bewijsbeslissingen de eis van verankering te stellen, in de betekenis die daaraan door Crombag c.s. is gegeven.

In het licht van deze civiele bewijswaarderingsmaatstaf is de vraag of toetsing van getuigenverklaringen aan de criteria van relevantie, consistentie, kwaliteit en coherentie tot een positieve bewijsbeslissing kan leiden. Dat is het geval; wanneer een verklaring voldoet aan de criteria relevantie en consistentie, geldt dat uit de bewijsmiddelen redelijkerwijs kan worden afgeleid dat het te bewijzen feit zich heeft voorgedaan.

Daarbij gaat het er niet om dat elke andere uitleg van de bewijsmiddelen onmogelijk is; van het maken van gevolgtrekkingen uit de bewijsmiddelen met uitsluiting van andere mogelijke gevolgtrekkingen is dan ook geen sprake. De formulering houdt open dat uit de bewijsmiddelen ook andere conclusies kunnen worden getrokken, zij het dat niet tot een bewezenverklaring kan worden gekomen wanneer die conclusies *even goed*, dus op gelijke voet te rechtvaardigen zijn.

Wanneer de ene getuige verklaart dat het verkeerslicht op rood stond en de andere getuige verklaart dat het licht op groen stond, en beide verklaringen zijn op zich zelf genomen relevant en consistent en de verklaringen hebben een gelijke kwaliteit en coherentie, dan is er, aangenomen dat er geen andere bewijsmiddelen zijn, geen basis voor de rechter om tot een positieve bewijsbeslissing te komen als bewezen moet worden dat het licht op groen stond. Maar wanneer er verschillen in kwaliteit en coherentie tussen de beide verklaringen zijn, bijvoorbeeld omdat de getuige die verklaart dat het licht op groen stond, het verkeerslicht beter kon waarnemen, komt het anders te liggen; de rechter kan dan wél het bewijs geleverd achten. De rechter kan ook tot een positieve bewijsbeslissing komen wanneer drie

129 Die regel geldt hoogstwaarschijnlijk niet: “*mistaken eyewitness identification is the largest single factor contributing to the conviction of (...) innocent people*”, zo stellen Gary L. Wells en Elizabeth A. Olson (2002).



getuigen verklaren dat het licht op groen stond en één getuige dat het licht op rood stond; in dat geval is verdedigbaar dat *niet even goed* de conclusie kan worden getrokken dat het licht op rood stond als dat het op groen stond.

Hierbij moet nog bedacht worden dat het bij de waardering van getuigenbewijs niet alleen gaat om de beoordeling van één verklaring, maar dat vaak sprake is van meerdere verklaringen, die de rechter in hun onderlinge samenhang beoordeelt. Verklaringen kunnen dan tezamen de rechter leiden tot een positieve inschatting van hun waarheidsgetrouwheid.

Bovendien vindt de waardering van het getuigenbewijs plaats in het licht van alle processtukken. Dit blijkt met name uit de toetsing aan de criteria van consistentie en coherentie, die niet alleen plaatsvindt aan de hand van de verklaring zelf, maar ook tegen de achtergrond van eerder ingenomen stellingen. Wanneer een partij in de processtukken steeds het standpunt heeft ingenomen dat hij geld heeft geleend maar niet de middelen heeft om het terug te betalen, en vervolgens als getuige verklaart dat hij het geld niet geleend maar geschonken heeft gekregen, is zijn verklaring niet consistent met zijn eerdere stellingname. Maar als een getuige verklaart dat er geen telefonisch contact is geweest met een partij én er bevindt zich in het dossier een brief waarin de getuige heeft geschreven dat hij ‘lange tijd niets heeft gehoord’, is de verklaring consistent en een coherent geheel met de brief. Het dossier – de gedingstukken maar met name ook de daarin gevoegde bewijsstukken – fungeert daarmee ook als verankering. Verankering is dan niet alleen het terugvoeren van een verklaring op een regel waaraan niet kan worden getwijfeld of een feit van algemene bekendheid, maar ook het terugvoeren van een verklaring op een ander bewijsmiddel, waarvan de juistheid niet hoeft te worden betwijfeld.<sup>130</sup>

Maar hoe men het ook wendt of keert, een verankering die leidt tot zekerheid over de bewijsbeslissing, kan niet worden gevonden. Het is inherent aan bewijsbeslissingen dat zij omgeven zijn met onzekerheid; hierover is al uitgebreid gesproken in paragraaf 5.3. Die onzekerheid geldt temeer wanneer de bewijsredenering plaats vindt aan de hand van materiaal waarvan de betrouwbaarheid onzeker is, zoals bij getuigenbewijs het geval is.

## 6.8 De waardering van de verklaring van een partijgetuige

Een bijzondere positie bij de waardering van getuigenbewijs wordt ingenomen door de partijgetuige.<sup>131</sup> Zeker bij de partijgetuige doet zich het probleem voor hoe de rechter de waarheidsgetrouwheid van diens verklaring moet inschatten. De partij-

<sup>130</sup> Vergelijk Douglas Walton (2008) p. 109, die ‘anchoring’ omschrijft als “*the process of checking testimony against other facts we have no reason to doubt*”. Deze omschrijving lijkt iets ruimer te zijn dan die van Crombag c.s. zelf.

<sup>131</sup> Zie over de historische ontwikkeling van het horen van partijen in verschillende rechtsstelsels, al dan niet als getuige, R.R. Verkerk (2010) p. 185-251.

getuige heeft onmiskenbaar belang bij zijn verklaring en de door de rechter te nemen bewijsbeslissing, maar de rechter weet niet of de partijgetuige in het concrete geval wel of niet een waarheidsgetrouwe verklaring aflegt.

Zoals bekend is dit probleem onder het huidige recht zo opgelost, dat de verklaring van een partijgetuige slechts kan dienen als aanvullend bewijs (art. 164 lid 2 Rv). Onder het oude bewijsrecht was getuigenbewijs door een partij in het geheel niet toegestaan vanwege de mogelijke onbetrouwbaarheid daarvan.<sup>132</sup>

Dat in de wet is voorgeschreven dat de verklaring van een partijgetuige slechts kan dienen als aanvullend bewijs en dus *beperkte bewijskracht* heeft, is echter een anomalie in het bewijsrecht. Voor het overige geldt immers, in het belang van waarheidsvinding, het beginsel van de vrije bewijskracht en is het aan de rechter overgelaten om de bewijskracht van getuigenverklaringen te bepalen. Om deze reden is door vele auteurs bepleit dat art. 164 lid 2 Rv wordt afgeschaft.<sup>133</sup>

Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de reden om bij de partijgetuige een uitzondering te maken op het beginsel van vrije bewijskracht, vooral was dat de wetgever de rechter een richtsnoer wilde geven voor situaties waarin uitsluitend de verklaring van partijen beschikbaar waren en door de rechter tegen elkaar zouden moeten worden afgewogen. In die situatie maakt de regel dat de verklaring van een partijgetuige slechts als aanvullend bewijs kan dienen, het mogelijk dat de rechter beslist dat het bewijs níet is geleverd; bij gebreke aan die regel, zo was de gedachte, zou de rechter wellicht toch tot een – ongewenst geachte – positieve bewijsbeslissing komen of moeten komen.<sup>134</sup>

Een oplossing voor dit probleem kan echter ook worden gevonden met behulp van de in deze studie voorgestelde bewijswaarderingsmaatstaf. Wanneer een partij

132 De redenen voor afschaffing van het verbod op de partijgetuige was, naast het algemene doel om door middel van opheffing van bewijsbelemmerende voorschriften, het belang van waarheidsvinding te dienen (vergelijk paragraaf 6.2), ook om de rechtsongelijkheid tussen procespartijen waartoe het verbod kan leiden, bijvoorbeeld bij cessie van de vordering, op te heffen. Dat het verbod in strijd kan komen met art. 6 EVRM, is beslist in EHRM 27 oktober 1993, NJ 1994, 534 m.nt. HJS en EJD (Dombo Beheer). Idem recentelijk nog met betrekking tot het niet ‘Dombo-proof’ zijn van het procesrecht van de Nederlandse Antillen, HR 11 september 2009, LJN BI6944. Zie voorts Parlementaire geschiedenis nieuw bewijsrecht (1988) p. 173 e.v. en M. de Tombe-Grootenhuys (1993) p. 25 e.v.

133 Zie onder andere T.R. Hidma (2005); F.J. Fernhout (2005); W.D.H. Asser in zijn noot bij HR 7 april 2000, NJ 2001, 32; M. de Tombe-Grootenhuys (1993) en (1994). Aanvankelijk was het de bedoeling dat met de invoering van het herziene procesrecht in 2002, de regel zou worden afgeschaft. Uiteindelijk is daarvan echter afgezien. Zie Parlementaire geschiedenis herziening burgerlijk procesrecht (2002) p. 355-357.

134 Parlementaire geschiedenis nieuw bewijsrecht (1988) p. 175 en p. 215-216. Ook speelde mee, zo is uit de wetsgeschiedenis af te leiden, dat men wilde voorkomen dat het horen van partijgetuigen een grote vlucht zou nemen. Het horen van een partijgetuige zou pas aan de orde zijn, wanneer er ook al ander bewijs voorhanden was. De praktijk is echter anders uitgepakt, want de rechter mag niet een aanbod tot getuigenbewijs weigeren, op de grond dat (te verwachten is dat) enkel de verklaring van een partijgetuige aanwezig is.

alleen haar eigen verklaring heeft als bewijsmiddel, maar daar tegenover staat de eigen verklaring van de wederpartij – beide verklaringen zijn op zich zelf relevant en consistent en hebben dezelfde mate van kwaliteit en coherentie – zal de conclusie moeten zijn dat het bewijs niet is geleverd, omdat niet voldaan is aan het vereiste dat uit de beschikbare bewijsmiddelen niet even goed kan worden afgeleid dat het te bewijzen feit zich niet heeft voorgedaan. Maar wanneer een partij alleen haar eigen verklaring heeft en er géén tegengestelde verklaringen (of andere bewijsmiddelen) van de wederpartij zijn die de partijverklaring weerspreken, kan wel een positieve bewijsbeslissing volgen; uit de beschikbare bewijsmiddelen kan worden afgeleid dat te bewijzen feiten zich hebben voorgedaan, terwijl daaruit niet evengoed kan worden afgeleid dat de te bewijzen feiten zich niet hebben voorgedaan. Dit is echter anders wanneer andere, redelijkerwijs te verwachten, bewijsmiddelen dan de eigen partijverklaring, ontbreken; ook dan is niet voldaan aan de bewijswaarderingsmaatstaf.

Dat in het hiervoor beschreven voorbeeld tot een positieve bewijsbeslissing kan worden gekomen, wijkt af van de heersende leer: wanneer uitsluitend de eigen verklaring van de partij beschikbaar is als bewijsmiddel, kan thans immers niet tot een bewezenverklaring worden gekomen. De hier verdedigde opvatting heeft echter als voordeel dat rekening kan worden gehouden met bewijsnood aan de zijde van een partij,<sup>135</sup> maar dat zelf gecreëerde bewijsnood – doordat bewust bepaalde bewijsstukken worden achtergehouden of bewust wordt afgezien van het doen horen van bepaalde getuigen – niet wordt gehonoreerd. In dat geval doet zich immers voor dat bewijsmateriaal dat redelijkerwijs verwacht mocht worden, ontbreekt.

Door de beperkte bewijskracht van de verklaring van een partijgetuige af te schaffen, wordt bovendien voorkomen dat partijen hun toevlucht zoeken in schijnoplossingen, zoals het naast de partij als getuige laten optreden van een echtgenoot of familieleden die de partijverklaring moeten bevestigen, waarmee alsnog volledig bewijs kan ontstaan.<sup>136</sup> Dit is een schijnoplossing, omdat het onderliggende probleem, dat de rechter nooit *weet* of sprake is van een waarheidsgetrouwe verklaring, immers niet is opgelost.

Een benadering van het probleem van de waardering van tegenstrijdige (partij)getuigenverklaringen via de bewijswaarderingsmaatstaf, past beter in het geldende stelsel van bewijsrecht dan de huidige oplossing, waarin één enkele categorie van

135 Een argument dat ook in de wetsgeschiedenis aan de orde kwam, zie Parlementaire geschiedenis nieuw bewijsrecht (1988) p. 293.

136 Een schijnoplossing is ook het aandragen als bewijsmiddel van een *schriftelijke* partijverklaring, waarvoor art. 164 lid 2 Rv niet geldt, zie HR 24 januari 2003, NJ 2003, 166. Ook hier biedt de bewijswaarderingsmaatstaf een handvat: wanneer slechts een schriftelijke partijverklaring als bewijsmiddel wordt ingebracht, is in beginsel niet voldaan aan het vereiste dat zich ‘*evenmin de situatie voordoet dat bewijsmateriaal dat redelijkerwijs verwacht mocht worden* (in casu de getuigenverklaring van de partij) *ontbreekt*.’

getuigenverklaringen in de wet een vooraf bepaalde bewijskracht wordt gegeven.<sup>137</sup> De rechter krijgt bovendien meer flexibiliteit om in situaties waarin uitsluitend de eigen verklaring van een partij beschikbaar is, tot een goede bewijsbeslissing te komen.

Afschaffing van de regel van beperkte bewijskracht van de verklaring van de partijgetuige heeft ook als voordeel dat er geen sprake meer is van de bestaande ongelijkheid in procespositie tussen de partijen, als gevolg van het feit dat de beperkte bewijskracht uitsluitend geldt voor verklaringen van een partij die betrekking hebben op de *door haar* te bewijzen feiten.<sup>138</sup> Daardoor heeft de wederpartij die niet de bewijslast heeft, voordeel; een voordeel waarvoor geen goede rechtvaardiging bestaat.<sup>139</sup>

Er zijn derhalve verschillende argumenten die pleiten vóór afschaffing van de beperkte bewijskracht van de verklaring van een partijgetuige. Aan de hand van de voorgestelde bewijswaarderingsmaatstaf kan de rechter van geval tot geval bepalen of de verklaring van een partijgetuige tot een positieve bewijsbeslissing kan leiden.

## **6.9 Het interpretatieve karakter van (de waardering van) getuigenverklaringen**

Over één aspect van getuigenverklaringen is tot nu toe nog niet expliciet gesproken, en dat is het interpretatieve karakter van zowel de getuigenverklaring als van de rechterlijke waardering daarvan.

De verklaring van een getuige berust altijd op een interpretatie van de feiten waarover hij een verklaring aflegt. Op zich zelf is dit niet opzienbarend; het is een bekend gegeven dat waarnemingen – en dus ook verklaringen over waarnemingen – mede een interpretatie van de waarnemer behelzen. Dit geldt al wanneer het gaat om verklaringen over recht-toe-recht-aan kwesties, zoals de vraag of het stoplicht op rood stond. Dit heeft niet alleen te maken met de al eerder besproken onbetrouwbaarheid van het menselijke geheugen, maar ook met het feit dat neutrale waarneming niet mogelijk is; waarnemingen vinden plaats binnen een bepaald een

137 H.B. Krans (2009) verwijst in dit verband ook naar Principle 16.6 van de ALI/Unidroit Principles of Transnational Civil Procedure (2004), waarin is neergelegd dat de rechter geen ongerechtvaardigde waarde mag toekennen aan het soort bewijsmiddel. Volgens hem is hier mogelijk de conclusie aan te verbinden dat de beperkte bewijskracht van een partijverklaring niet strookt met de Principles.

138 Vergelijk HR 7 april 2000, NJ 2001, 32. Wanner sprake is van tegenbewijs, heeft de verklaring van een partijgetuige derhalve ook geen beperkte bewijskracht, zie HR 4 april 2008, NJ 2008, 201; HR 7 april 2000, NJ 2001, 32 m.nt. DA.

139 Zie hierover uitvoerig M. de Tombe-Grootenhuys (1993) p. 109-119 en p. 145-146. De ongelijke procespositie van partijen die op dit punt uit de huidige wettelijke regeling voortvloeit, levert onder omstandigheden mogelijk strijd op met art. 6 EVRM, waarover M. de Tombe-Grootenhuys (1994). In die zin is echter tot nu toe niet beslist door de Hoge Raad, zie bijvoorbeeld HR 13 april 2001, NJ 2002, 391 m.nt. HJS; HR 31 maart 1995, NJ 1997, 592 m.nt. CJHB.

conceptueel kader, een paradigma, een bepaald verwachtingspatroon van de waarnemer.<sup>140</sup>

Het interpretatieve karakter van waarneming en getuigenverklaringen komt nog sterker naar voren, wanneer het gaat om de waarneming van menselijk handelen of menselijk nalaten. Er is dan een extra probleem, doordat er interactie is tussen de interpretator, de waarnemer/getuige, en het te interpreteren handelen. Denk bijvoorbeeld aan bewijsopdrachten, zoals die gebruikelijk zijn in het civiele recht, met betrekking tot de vraag of tussen partijen een overeenkomst tot stand is gekomen, hoe een bepaalde gedraging of uiting van een partij redelijkerwijs begrepen mocht worden, wat partijen over en weer van elkaar mochten verwachten, wat door de ene partij aan de andere partij is toegezegd. Wanneer getuigen over dergelijke kwesties een verklaring afleggen, is het onontkoombaar dat de verklaring altijd een interpretatie van handelingen of uitlatingen van de betrokkene inhoudt. Even onontkoombaar is het dat verschillende getuigen op verschillende wijze de handelingen of uitlatingen zullen interpreteren, wat een reden kan zijn voor uiteenlopende getuigenverklaringen.

Blackburn maakt hier de vergelijking met de bijenkoningin.<sup>141</sup> Wanneer een bijenvolk een nieuwe koningin nodig heeft, moet de imker de nieuwe koningin voordat hij haar in de bijenkorf doet, eerst in iets wikkelen dat haar tijdelijk bescherming geeft, zoals een stuk suiker. De bijen zullen haar anders opeten, omdat ze de koningin als een vijandelijke indringer beschouwen. Tegen de tijd dat de bijen zich door de suiker heen hebben gegeten en de nieuwe koningin hebben bereikt, heeft zij de geur van de korf aangenomen en is zij niet langer een indringer.

De vergelijking is bedoeld als illustratie van het feit dat de mens om ander menselijk handelen betekenis te kunnen geven, te kunnen duiden of begrijpen, eerst moet 'opgaan' in dat menselijke handelen. Voor het kunnen geven van betekenis aan menselijk handelen is altijd interpretatie vereist. Daarmee is gegeven dat er altijd een inbreng aan de zijde van de interpretator, de waarnemer is; neutrale observatie is niet mogelijk.<sup>142</sup>

De rechter zal de omstandigheid dat getuigenverklaringen berusten op interpretatie, als gegeven moeten accepteren. Het heeft geen zin om op grond hiervan de waarde van getuigenverklaringen te devalueren of te relativiseren. Eigen aan verklaringen is nu eenmaal dat zij gedaan worden vanuit het perspectief van degene die de verklaring aflegt. Interpretatie is dus niet iets waar de rechter 'vanaf' moet, iets waarvan de verklaring ontdaan zou moeten worden; zonder interpretatie is er geen verklaring mogelijk. Wat de rechter wel moet doen, is de verklaring op haar kwaliteit beoordelen (paragraaf 6.6.3). Hierbij kan onder meer aan de orde komen

140 Zie hierover bijvoorbeeld Duncan Pritchard (2006) p. 78 e.v., en J.P.M. Geurts (1978) p.47 e.v.

141 Simon Blackburn (2005) p. 205 e.v.

142 Dit probleem is door filosofen op vele manieren naar voren gebracht. Zie over het participerende karakter van interpretatie in de sociale wetenschappen met name de Verstaan-theorie van de Duitse filosoof Wilhelm Dilthey.

of de verklaring louter berust op van horen zeggen of op een beperkte waarneming en wellicht op de invulling daarvan door de getuige zelf. Zo'n verklaring zal doorgaans van mindere kwaliteit zijn dan de verklaring van een getuige die zelf een eigen waarneming heeft gedaan.

Maar niet alleen de getuige interpreteert; dat doet op haar beurt de rechter ook. In paragraaf 1.7 is al ingegaan op het interpretatieve karakter van het vaststellen van feiten door de rechter. De rechter 'vindt' de feiten niet, maar stelt feiten vast vanuit een interpretatieve context; in de procedure is dat in belangrijke mate een juridische context.

Het interpretatieve karakter geldt voor alle fasen van de procedure waarin de rechter feiten vaststelt, dus zowel voor het selecteren van de relevante feiten, bij het vaststellen van de feiten waarover partijen het eens zijn en bij de beslissing dat feiten al dan niet vaststaan omdat ze onvoldoende gemotiveerd zijn betwist c.q. onvoldoende gemotiveerd naar voren zijn gebracht. En in de laatste fase van feitenvaststelling, bij de bewijsbeslissing en in het bijzonder bij de waardering van getuigenbewijs, komt het bij uitstek aan op *interpretatie*. Dit kwam al naar voren in paragraaf 6.4, waar besproken werd dat in de rechterlijke procedure de epistemologische positie van de getuige naar de achtergrond verdwijnt en het uiteindelijk gaat om de *inschatting door de rechter* van de waarheidsgetrouwheid van de getuigenverklaring. Het maken van die inschatting aan de hand van een toetsing aan de criteria van relevantie, consistentie, kwaliteit en coherentie, kan niet zonder interpretatie, zowel van de getuigenverklaring als van de stellingen en standpunten in het procesdossier en de overige bewijsmiddelen. Bovendien is in paragraaf 6.6.4 besproken de rol van de persoonlijke inbreng van de rechter bij het begrip van het verhalende karakter van de verklaring van de getuige. De rechter *kán* het verhaal slechts begrijpen met behulp van de bij haar aanwezige '*stock of knowledge*',

maar dit kan er ook toe leiden dat de rechter onvoldoende open staat voor het verhaal van de getuige en dit teveel zelf invult.

Ook voor de rechter geldt dat het gegeven dat de waardering van getuigenverklaringen noodzakelijkerwijs interpretatie behelst, niet afdoet aan het belang of de betekenis daarvan. Het is niet zo dat het 'maar' om interpretatie gaat; zonder interpretatie blijft er niets over en *kán* de rechter niet oordelen. Wat de rechter wel moet doen, is zorgen dat de beoordeling méér is dan een louter subjectieve inschatting. Daarvoor is het nodig dat de rechter door middel van argumenten inzicht geeft in de motivering van de waarderingsbeslissing, zo is al uitvoerig besproken in paragraaf 6.3. Bovendien moet de rechter voorkomen dat zij te snel bepaalde ideeën heeft over de feiten die zich hebben afgespeeld en de verklaring die de getuige daarover aflegt. De rechter moet doorvragen, maar niet sturen, en de rechter moet haar oordeelsvorming zolang mogelijk opschorten.

Een hulpmiddel hierbij is collegiale oordeelsvorming, het meervoudig beslissen. Zeker bewijsbeslissingen, waarbij het aankomt op een, steeds voor discussie vatbare, inschatting van de waarheidsgetrouwheid van getuigenverklaringen, zou de rechter in collegiaal overleg moeten nemen. De beste waarborg dat de rechter hierover

een afgewogen beslissing neemt, zonder meegesleept te worden door particuliere overtuigingen of gevoelens, is het meervoudig nemen van beslissingen over bewijswaardering.<sup>143</sup>

## 6.10 Samenvatting

Getuigenbewijs wordt soms beschouwd als een noodzakelijk kwaad, een tijdrovend intermezzo voor de rechter op weg naar haar eindbeslissing. Daarbij speelt een belangrijke rol dat getuigenbewijs vanouds als een onbetrouwbaar bewijsmiddel wordt beschouwd. Het horen van getuigen moet echter ook positief worden gewaardeerd, omdat het een belangrijk middel tot waarheidsvinding is. Door het horen van getuigen kan de rechter de beschikking krijgen over informatie waarover zij niet eerder de beschikking had en waaraan zij ook niet op andere manieren kan komen. Een getuigenverhoor biedt de rechter bovendien de gelegenheid de getuigen – ook partijen – rechtstreeks en mondeling vragen stellen over de feiten, waardoor een beter zicht op de zaak kan worden verkregen. Het is daarom ongewenst om het gebruik van getuigenbewijs verder te beperken dan nu reeds het geval is (*paragraaf 6.1*).

De waardering van getuigenbewijs is geheel aan de vrije beoordeling van de rechter overgelaten. Dit is een begrijpelijk uitvloeisel van de vrije bewijsleer, maar heeft als nadeel dat de rechterlijke bewijswaardering een subjectieve kwestie kan worden. Net als voor de bewijsbeslissing geldt, moet ook de bewijswaardering zoveel mogelijk intersubjectief worden gemaakt. Het is daarom noodzakelijk dat de rechter de bewijswaardering van argumenten voorziet. De ‘innerlijke overtuiging’ (*conviction intime*) van de rechter biedt daarbij geen goed handvat; dit is bij uitstek een subjectieve maatstaf (*paragraaf 6.2* en *paragraaf 6.3*).

De onbetrouwbaarheid van getuigenbewijs is niet zozeer een gevolg van het gegeven dat een beslissing moet worden gegeven op basis van de verklaringen van *anderen*. In het Westerse denken over kennisverkrijging wordt sinds de Verlichting de eigen waarneming en eigen ervaring van het subject centraal gesteld, maar moderne kennistheorieën benadrukken het belang dat toekomt aan mededelingen en verklaringen (*testimony*) van derden aan het subject. Wij zouden nooit kunnen weten wat wij weten, als onze kennis niet in belangrijke mate zou berusten op wat wij van anderen horen of lezen. Er is dan ook op zich zelf geen reden om verklaringen niet als bron van kennis te aanvaarden.

Voor de juridische procedure is het wel een probleem dat degene van wie de verklaringen afkomstig is, vaak op enige wijze betrokken is bij een partij of bij een geschil. Anders dan in standaard gevallen van *testimony* kan daarom in de procedure niet als uitgangspunt worden genomen dat vertrouwd kan worden op de inhoud van de verklaring. Kenmerkend voor de positie van de rechter is dat

143 Zie ook A.G. van Galen en H.Th.J.F. van Maarseveen (1978) p. 48.

zij geen wetenschap heeft over de waarheidsgetrouwheid van de verklaring van de getuige; er is sprake van fundamentele onzekerheid over de epistemologische positie van degene die de verklaring aflegt. De rechter kan daarom niet meer dan een *inschatting* maken van de waarheidsgetrouwheid van de verklaring (*paragraaf 6.4*).

Factoren die een getuige kunnen leiden tot het afleggen van een niet waarheidsgetrouwe verklaring, spelen voor de rechter maar in beperkte mate een rol. De *betrouwbaarheid* van de getuige, opgevat als de eigenschap van een getuige om in het algemeen al dan niet waarheidsgetrouwe verklaringen af te leggen, is niet aan de orde, omdat de rechter niet kan vaststellen of een getuige betrouwbaar is. De rechter kan wel vaststellen of er factoren zijn die in een concreet geval afbreuk kunnen doen aan de geloofwaardigheid van de verklaring van een verklaring. Zo kunnen er redenen zijn voor de getuige om bewust geen waarheidsgetrouwe verklaring af te leggen (de *sincerity-dimension*). Ook kan de getuige een onjuiste waarneming of een onjuiste herinnering hebben en om die reden geen waarheidsgetrouwe verklaring afleggen (de *competence-dimension*). De rechter kan er echter niet vanuit gaan dat in alle gevallen dat er redenen zijn om geen waarheidsgetrouwe verklaring af te leggen, dat ook daadwerkelijk het geval is. Daarom rest de rechter niets anders dan zich te richten op de *inhoud* van de getuigenverklaring en uitsluitend op basis daarvan een inschatting te maken van de waarheidsgetrouwheid van de verklaring (*paragraaf 6.5*).

Met het oog hierop is een viertal criteria geformuleerd, die de rechter kan gebruiken bij de waardering van getuigenbewijs. Het doel van deze criteria is, net als bij de in het vorige hoofdstuk voorgestelde bewijswaarderingsmaatstaf, dat de rechter een expliciete motivering van de waarderingsbeslissing geeft. Dit komt de kwaliteit en legitimiteit van de rechterlijke beslissing ten goede.

Een eerste criterium is de relevantie van de verklaring (*paragraaf 6.6.1*). Daarbij gaat het erom of de verklaring bruikbaar is voor de bewijsopdracht, of de verklaring iets zegt over het te bewijzen feit. Wanneer dat niet het geval is, is de verklaring niet relevant.

Het tweede criterium is consistentie (*paragraaf 6.6.2*). Wanneer de verklaring van de getuige innerlijk tegenstrijdig is of zich niet laat verenigen met wat de getuige op een ander moment heeft verklaard of gesteld, is dit een contra-indicatie voor de inschatting van de waarheidsgetrouwheid van de verklaring. Ditzelfde geldt wanneer de verklaring zich niet laat verenigen met verklaringen van andere getuigen, of met hetgeen in de processtukken is vermeld of blijkt uit andere bewijsmiddelen.

Een derde criterium is de kwaliteit van de verklaring (*paragraaf 6.6.3*). De kwaliteit van de verklaring is afhankelijk van verschillende factoren. Het kan gaan om de kwaliteit van de waarneming waarop de verklaring berust: in welke mate heeft de getuige een goede waarneming kunnen doen? Daarbij kan van belang zijn de deskundigheid van de getuige in relatie tot het onderwerp van de verklaring. Ook de positie van de getuige ten opzichte van partijen of het geschil waarover



geprocedeerd wordt, kan van belang zijn. Wanneer de getuige neutraal en onafhankelijk is, zal zijn verklaring in het algemeen meer kwaliteit hebben dan die van een getuige die dat niet is.

Ten slotte kan getoetst worden aan de mate van coherentie van de verklaring (*paragraaf 6.6.4*). Een coherente verklaring heeft geen leemtes of onduidelijkheden. Bovendien is een coherente verklaring begrijpelijk, wat erop neerkomt dat de verklaring voldoende narratieve kracht heeft. Daarvoor moet een verklaring een kop en een staart hebben en een begrijpelijke *plot*. Het criterium van coherentie laat ook zien wat er mis kan gaan bij de inschatting van de waarheidsgetrouwheid van een getuigenverklaring. Als een getuige onvoldoende in staat is om zijn verklaring narratieve structuur te geven, kan de rechter te snel menen dat de verklaring niet waarheidsgetrouw is. Een ander risico is dat de rechter teveel haar eigen ideeën of veronderstellingen inbrengt en de verklaring te snel afschrijft wegens onduidelijkheden of ongerijmdheden. Ook kan de rechter met haar eigen verhaal, waarmee zij het getuigenverhoor is ingegaan, de verklaring van de getuige invullen.

Het is niet nodig om nog te toetsen aan een afzonderlijk criterium van geloofwaardigheid van de getuige. Voor zover bedoeld wordt op uiterlijke kenmerken van de getuige tijdens diens verhoor, blijkt uit onderzoek dat de rechter hieruit waarschijnlijk geen verantwoorde conclusies kan trekken over de waarheidsgetrouwheid van de verklaring. Voor zover het zou gaan om de intuïtie van de rechter over de waarheidsgetrouwheid van de getuige, is dit een te subjectieve maatstaf. De rechter dient zich te beperken tot aanwijsbare grondslagen voor de waarheidsgetrouwheid van de verklaring en de omstandigheden waarin deze is afgelegd (*paragraaf 6.6.5*).

Bij de bespreking van de criteria die de rechter kan gebruiken om in te schatten of de getuigenverklaring waarheidsgetrouw is, is een telkens terugkerend thema dat de rechter doorvraagt. De rechter mag niet volstaan met het passief aanhoren van wat de getuige te melden heeft, maar moet verheldering, toelichting of uitleg vragen. Alleen dan kan de verklaring van de getuige naar behoren worden beoordeeld. Bovendien moeten zowel de antwoorden van de getuige als de aan de getuige gestelde vragen zo nauwkeurig mogelijk in het proces-verbaal worden opgenomen. De rechter moet haar oordeel over de waarheidsgetrouwheid van de getuigenverklaringen niet te snel vellen, maar eerst zoveel mogelijk alle informatie (getuigenverklaringen en mogelijke andere bewijsmiddelen) verzamelen.

Aan de hand van de vier criteria kan de rechter een inschatting maken van de waarheidsgetrouwheid van de getuigenverklaring. Zekerheid zal de rechter hierbij niet kunnen krijgen; geen van de toetsingscriteria levert uitsluitel op over de waarheidsgetrouwheid van de verklaring (*paragraaf 6.7*). Maar gegeven de in het vorige hoofdstuk geformuleerde bewijswaarderingsmaatstaf, *dat een feit bewezen is wanneer uit de beschikbare bewijsmiddelen redelijkerwijs kan worden afgeleid dat het feit zich heeft voorgedaan, en uit die bewijsmiddelen niet even goed kan worden afgeleid dat hetgeen de wederpartij met betrekking tot dat feit stelt, zich heeft voorgedaan, terwijl zich evenmin de situatie voordoet dat bewijsmateriaal*

*dat redelijkerwijs verwacht mocht worden, ontbreekt*, is het ook niet nodig dat er uitsluitel is over de waarheidsgetrouwheid. Net als geldt voor andere bewijsbeslissingen is aan de waarderingsbeslissing eigen dat sprake is van onzekerheid. Bij getuigenbewijs zal die onzekerheid zich extra doen gelden, omdat de betrouwbaarheid van de getuigenverklaringen onbekend is en de rechter slechts een inschatting kan maken van de waarheidsgetrouwheid van de verklaringen.

Vervolgens is ingegaan op de positie van de partijgetuige. In het huidige recht kan de verklaring van een partijgetuige slechts dienen als aanvullend bewijs. Er is echter weinig reden om de verklaring van een partijgetuige zo'n aparte behandeling te geven. Met behulp van de voorgestelde bewijswaarderingsmaatstaf heeft de rechter voldoende armslag om zo nodig de verklaring van een partijgetuige terzijde te leggen, maar in voorkomende gevallen d op basis van die verklaring tot een positieve bewijsbeslissing te komen. De rechter heeft zo meer flexibiliteit in situaties dat een partij in bewijsnood verkeert. Het voordeel is bovendien dat schijnoplossingen worden vermeden en dat de op dit punt thans bestaande ongelijke procespositie van partijen wordt opgeheven (*paragraaf 6.8*).

In de laatste paragraaf van dit hoofdstuk is ingegaan op het interpretatieve karakter van zowel de getuigenverklaring zelf, als van de waardering daarvan door de rechter. Wat de getuige verklaart, berust altijd op een interpretatie van wat hij gezien, gehoord of begrepen heeft. Dit is onvermijdelijk; zonder interpretatie kán de getuige niet zien, horen of begrijpen. Het is daarom een gegeven dat de rechter zal moeten aanvaarden. Dit laat onverlet dat de rechter de kwaliteit van de verklaring moet toetsen.

Ook de waardering door de rechter van het getuigenbewijs is een kwestie van interpretatie. Dat het vaststellen van feiten in de procedure interpretatie behelst, geldt altijd, maar in versterkte mate voor de waardering van getuigenbewijs. Steeds brengt de rechter haar eigen persoonlijke inbreng mee bij de toetsing van het getuigenbewijs, zeker wanneer het gaat om het criterium van coherentie. Ook dit is onvermijdelijk. Door het zoveel mogelijk expliciteren van de argumenten die bij de bewijswaardering een rol spelen – waarbij gebruik kan worden gemaakt van de voorgestelde criteria – kan de rechter ervoor zorgen dat de bewijswaardering een subjectieve interpretatie overstijgt. Ook collegiale rechtspraak kan hieraan een bijdrage leveren (*paragraaf 6.9*).



## 7 Deskundigenbericht en waarheidsvinding

*“Pour juger, il suffirait de savoir.”*<sup>1</sup>

### 7.1 Inleiding

De rechter wordt bij het vaststellen van de correcte feiten niet alleen beperkt doordat de feiten zich in het verleden hebben afgespeeld en niet meer voor rechtstreekse waarneming vatbaar zijn. De rechter is dan aangewezen op getuigenverklaringen, zoals in het vorige hoofdstuk is besproken. Feitenvaststelling kan ook specialistische of bijzondere kennis vergen, waarover de rechter niet beschikt. De rechter moet bijvoorbeeld vaststellen wat de marktwaarde van een pand is, of een melkmachine voldoet aan de technische eisen, welke kosten gemoeid zijn met het herstel van een ondeugdelijke dakbedekking of wat de fysieke beperkingen zijn die een slachtoffer van een ongeval ondervindt.

Voor de vaststelling van dergelijke feiten geldt dat zij niet alleen vragen om een grondige toelichting van partijen, maar ook om het advies van personen die op het betreffende terrein deskundig zijn. De rechter heeft dit advies nodig om de stellingen van partijen of de door hen bijgebrachte bewijsmiddelen op waarde te kunnen schatten. De rechter moet dan een deskundigenbericht inwinnen om de feiten correct te kunnen vaststellen.<sup>2</sup>

Het primaire doel van het inwinnen van een deskundigenbericht is dus het belang van waarheidsvinding: het deskundigenbericht moet het de rechter mogelijk maken zoveel mogelijk de correcte feiten vast te stellen. Op grond van de verkregen specialistische kennis kan de rechter een beter zicht verkrijgen op de werkelijke gang van zaken. Vergelijk De Groot:

<sup>1</sup> Danièle Bourcier en Monique de Bonis (1999) p. 11.

<sup>2</sup> Vanwege het zeer ruime feit-begrip in de juridische procedure, zoals dat is omschreven in paragraaf 1.3 ('alles wat geen recht is'), geldt dat het inwinnen van deskundigenadvies over bijvoorbeeld de deugdelijkheid van het handelen van een belastingconsulent, eveneens betrekking heeft op *feiten*.

*“Mijn uitgangspunt is dat een deskundigenadvies in een civiele procedure een optimale bijdrage behoort te leveren aan een zo waarheidsgetrouw mogelijke beslissing van de rechter in het geschil van partijen.”<sup>3</sup>*

Ten opzichte van bewijslevering door getuigen en schriftelijke bewijslevering heeft het deskundigenbericht als belangrijk voordeel dat het afkomstig is van een of meer personen die geacht worden onafhankelijk, onpartijdig en deskundig te zijn. De rechter mag er daarom op vertrouwen dat de informatie die zij van de deskundige verkrijgt, daadwerkelijk zal bijdragen aan de waarheidsvinding. Zie Van Boneval Faure:

*“De objectieve waarheid welke eene plaatsopneeming den rechter verschaft, geeft het bericht van deskundigen wel niet, maar het komt daar toch het naast bij.”<sup>4</sup>*

Vanuit het perspectief van waarheidsvinding is het deskundigenbericht dus een *optimaal* bewijsmiddel ten opzichte van andere bewijsmiddelen. Dit zou aanleiding kunnen zijn voor de verwachting dat de rechter veel gebruik maakt van deskundigenberichten: welke rechter zou zo’n fraai middel tot waarheidsvinding willen laten liggen?<sup>5</sup>

Het is de vraag of aan deze verwachting wordt voldaan en of de rechter steeds wanneer de waarheidsvinding dat eist, een deskundigenbericht inwint. In het huidige recht heeft de rechter namelijk een discretionaire bevoegdheid bij de beslissing om wel of niet een deskundige in te schakelen. De rechter lijkt geneigd te zijn deze bevoegdheid op zo’n manier in te vullen, dat minimaal gebruik wordt gemaakt van deskundigen:

*“Want de gemiddelde rechter zal proberen het inschakelen van een deskundige zoveel mogelijk te vermijden. ‘Als het even kan niet of ‘liever nooit’, dat zijn de doorsnee-antwoorden van mijn collegae.”<sup>6</sup>*

Aan het inwinnen van een deskundigenbericht kleven namelijk ook nadelen. Direct te noemen valt de hoge kosten die gemoeid zijn met de inzet van deskundigen, zeker wanneer gekozen wordt voor drie deskundigen en sprake is van deskundigen

3 G. de Groot (2008) p. 2. Vergelijk ook A.A. de Pinto (1857): het deskundigenonderzoek is een ‘middel ter ontdekking der waarheid’.

4 R. van Boneval Faure (1893) p. 62.

5 In de praktijk wordt in ongeveer 4% van de civiele procedures bij de rechtbanken een deskundigenbericht ingewonnen, zie G. de Groot (2008) p. 26. Aan de hand van dit algemene percentage is moeilijk te zeggen of dit veel of weinig is.

6 J.W. Westenberg (2001) p. 27. Het is aannemelijk dat deze constatering niet voor alle rechtsgebieden geldt; in bijvoorbeeld letselschadezaken of waarderingen ten behoeve van de verdeling van een huwelijksgoederengemeenschap is het gebruikelijk dat de rechter een deskundige inschakelt. Empirische gegevens hierover zijn mij niet bekend.

met kostbare expertise, zoals accountants. Die kosten wegen niet altijd op tegen het belang van de procedure. De inschakeling van een deskundige betekent bovendien dat het verloop van de procedure aanzienlijk vertraagd wordt. Voor deze verhandeling is belangrijk dat de inschakeling van een deskundige ook vanuit het perspectief van waarheidsvinding niet zonder problemen is.<sup>7</sup>

Een eerste probleem is dat het inwinnen van een deskundigenbericht onontkoombaar met zich mee brengt dat de rechter een deel van haar beslissingsruimte inlevert ten gunste van de deskundige.<sup>8</sup> Wanneer de deskundige eenmaal zijn bevindingen aan de rechter heeft gepresenteerd, kan de rechter vaak weinig anders dan deze ‘tot de hare maken’, zoals de gebruikelijke formulering luidt.<sup>9</sup> De bekende bezweringen dat de rechter altijd haar eigen verantwoordelijkheid houdt en niet gebonden is aan het deskundigenbericht, doen hier niet aan af. De rechter heeft namelijk beperkte mogelijkheden om het deskundigenbericht inhoudelijk te beoordelen; daarvoor ontbreekt haar de vereiste deskundige kennis. Hier toont zich de kennisparadox<sup>10</sup> of *deskundigenparadox*:<sup>11</sup> de inhoudelijke beoordeling van een deskundigenbericht vergt deskundige kennis, maar precies vanwege het ontbreken van die deskundige kennis heeft de rechter een deskundige ingeschakeld. Een klassieke omschrijving van de deskundigenparadox is in 1901 gegeven door de Amerikaanse rechter Learned Hand:

*“But how can the jury judge between two statements each founded upon an experience confessedly foreign in kind to their own? It is just because they are incompetent for such a task that the expert is necessary at all. (...)”*<sup>12</sup>

- 7 In strafrechtelijke literatuur wordt gediscussieerd over de vraag of de inbreng van deskundigen, al dan niet buiten de strafrechtspleging opererend, het vertrouwen in de rechtspraak ondermijnen, omdat zij, kort gezegd, onvoldoende oog hebben voor het eigen karakter van de waarheidsvinding in de strafrechtelijke procedure. Zie daarover onder meer C.P.M. Cleiren (2008) en Anne Ruth Mackor (2010). Deze vraag is in het civiele recht (tot nu toe) niet actueel en zal derhalve buiten beschouwing blijven.
- 8 Uit empirisch onderzoek (gericht op zowel bestuursrechtelijke als civielrechtelijke zaken) blijkt dat de rechter in het algemeen de deskundige volgt, zie B. van den Berg (1999). Zij concludeert dan ook (p. 385): “*De facto beslist de onafhankelijke deskundige het geschil op deskundige gronden (...)*”. Een opvallende uitzondering is HR 24 december 2010, LJN BO3528, waarin de Hoge Raad zijn goedkeuring gaf aan het niet volgen door het hof van de bevindingen van een deskundige over buitenlands recht.
- 9 Zie ook R.R. Verkerk (2010) p. 168-169.
- 10 Onder de kennisparadox wordt ook wel verstaan de ruime beschikbaarheid van wetenschappelijke kennis, tegenover het beperkte praktische gebruik daarvan. Dit is hier niet aan de orde, zodat gebruik zal worden gemaakt van het begrip deskundigenparadox.
- 11 Zie onder meer Déirdre Dwyer (2008) p. 98; G. de Groot (2008) p. 13-14; G. de Groot en A.J. Akkermans (2007) p. 501; P.J. van Koppen (2004); Danièle Bourcier en Monique de Bonis (1999).
- 12 Learned Hand (1901) p. 54, ook aangehaald en besproken bij Déirdre Dwyer (2008) p. 74 en p. 108 e.v.

Dat de rechter beslissingsruimte inlevert ten gunste van de deskundige, wordt versterkt door het gegeven dat de vraagstelling aan de deskundige vaak in grote mate samenvalt met de door de rechter te nemen bewijsbeslissing. De rechter schakelt een deskundige in omdat de tot dan toe beschikbare bewijsmiddelen onvoldoende houvast geven om een bewijsbeslissing te kunnen nemen. Wanneer de deskundige dan zijn mening heeft gegeven, zal de rechter in de regel een daarmee overeenstemmende bewijsbeslissing nemen. Indien de rechter bijvoorbeeld een bewijsbeslissing moet nemen over de vraag of de verzakking van de fundamente van een woning is veroorzaakt door een verlaging van het waterpeil, dan zal – er vanuit gaande dat er geen gebreken kleven aan het deskundigenbericht – een bevestigend antwoord hierop van de deskundige rechtstreeks leiden tot een positieve bewijsbeslissing. De rechter zal niet aan de hand van andere bewijsmiddelen alsnog tot een andere bewijsbeslissing komen; er is voor de rechter ‘geen weg terug’.

Een tweede reden dat een deskundigenbericht problematisch kan zijn voor de waarheidsvinding, is dat de inschakeling van een deskundige de rechter in de positie kan brengen dat zij moet kiezen tussen de adviezen van verschillende deskundigen. Soms gaat het om partijdeskundigen die de bevindingen van de door de rechter benoemde deskundige aanvechten; soms is sprake van door de rechter benoemde deskundigen, al of niet in verschillende fasen van de procedure benoemd, die het onderling niet eens zijn. Het is voor de rechter dan uitermate lastig vast te beoordelen welke deskundige moet worden gevolgd om tot een correcte feitenvaststelling te komen. Ook hier doet zich de *deskundigenparadox* voor: de rechter heeft deskundige kennis nodig om te bepalen welk deskundigenbericht moet worden gevolgd, maar deze kennis ontbreekt en was nu net de reden dat een deskundige is ingeschakeld.

Een derde probleem doet zich voor wanneer de deskundige zich niet op de gewenste wijze van zijn taak heeft gekweten. De deskundige kan vragen die hem zijn gesteld, onbeantwoord laten. De deskundige kan met de zaak ‘aan de haal gaan’ door vragen te beantwoorden die niet op zijn weg liggen, zoals juridische kwesties waarover de rechter al in een tussenvonnis heeft beslist. De deskundige kan nieuwe geschilpunten aandragen, waarover door partijen nog niet eerder is gerept in de processtukken. De deskundige kan argumenten hanteren die geen van partijen hebben gebruikt in de processtukken, waardoor de aansluiting met het debat van partijen ontbreekt. De antwoorden van de deskundige kunnen onduidelijk of voor meerdere uitleg vatbaar zijn, zodat de rechter de zaak niet kan beslissen maar opnieuw deskundig advies moet inwinnen. In al deze gevallen ziet de rechter zich ermee geconfronteerd dat de deskundige een juiste beslissing eerder verder weg dan dichterbij heeft gebracht. Zie over deze situatie Andrews:

*“Sometimes expert evidence might be received on such matters or in such quantities that it cannot illuminate, but only obfuscate, the issues in the case. (...) On such facts,*

*Solomon would have dispensed with the experts' help and employed an early version of judicial case-management.”<sup>13</sup>*

Tegen de achtergrond van deze nadelen die het inschakelen van een deskundigen voor de waarheidsvinding kan meebrengen, is de belangrijkste vraag van dit hoofdstuk hoe bewerkstelligd kan worden dat de door de deskundige uit te brengen rapportage zoveel mogelijk bijdraagt aan de waarheidsvinding.

De deskundigenparadox suggereert dat de rechter hier voor een onmogelijke taak staat; de rechter kán nu eenmaal niet de deskundige kennis doorgronden en kán nu eenmaal niet beoordelen wanneer deskundige kennis is vereist. Dit is echter een weinig vruchtbare benadering. Veel belangrijker is het om na te gaan hoe de rechter kan bereiken dat zij met gebruik van een deskundigenbericht de feiten zo volledig en waarheidsgetrouw mogelijk, vast kan stellen.

Bovendien is het maar de vraag of de rechter bij de beoordeling van deskundigenberichten op wezenlijk andere problemen stuit dan bij de waardering van getuigenverklaringen of schriftelijke bewijsmiddelen. In alle gevallen geldt dat de door de rechter te nemen bewijsbeslissing per definitie met onzekerheid is omgeven en dat de rechter niet meer kan doen dan het maken van een *inschatting* van de waarheidsgetrouwheid van de bewijsmiddelen. Dit is uitvoerig aan de orde geweest in de hoofdstukken 5 en 6 en geldt ook voor de beoordeling van het deskundigenbericht: zekerheid zal niet worden bereikt.

Uitgaande van de vraag hoe de rechter kan bereiken dat zij met gebruik van een deskundigenbericht zoveel mogelijk de feiten volledig en correct kan vaststellen, komen in dit hoofdstuk drie vragen aan bod. In algemene zin is hierbij op te merken dat de inschakeling van deskundigen in verschillende opzichten met weinig waarborgen is omkleed.<sup>14</sup>

Een eerste vraag is of de rechter naar geldend recht niet tevél vrijheid heeft om wel of niet een deskundige in te schakelen en of wel voldoende gewaarborgd is dat de rechter steeds wanneer dat nodig is, gebruik maakt van deskundige expertise. Om deze vraag te beantwoorden zal eerst worden nagegaan hoe een deskundigenbericht in epistemologisch opzicht moet worden getypeerd, met name in relatie tot de getuigenverklaring (paragraaf 7.2). In het verlengde daarvan wordt besproken wat de procesrechtelijke status van een deskundigenbericht is (paragraaf 7.3). Hierbij zal naar voren komen dat er in beide opzichten geen fundamenteel verschil bestaat tussen een getuigenverklaring en een deskundigenbericht. Vervolgens is aan de orde wat dan de rechtvaardiging is voor het grote verschil dat er is tussen de verplichting die de rechter heeft om een verzoek om een getuigenverhoor in beginsel te honoreren, en de discretionaire bevoegdheid die bestaat bij het al of niet toewijzen van een verzoek om een deskundigenbericht. Die rechtvaardig-

13 Neil Andrews (2003) p. 741.

14 Dit is in de literatuur al veelvuldig geconstateerd. Zie onder meer R.R. Verkerk (2010) p. 491; G. de Groot (2008) p. 442 e.v.; J.M. Polak (1975).



ging is er niet (paragraaf 7.4). Er zal daarom een voorstel worden gedaan voor een geobjectiverde maatstaf voor de rechter om te beoordelen of een deskundigenbericht moet worden ingewonnen (paragraaf 7.5).

Een tweede vraag die in dit hoofdstuk aan bod komt, is hoe bewerkstelligd kan worden dat de persoon van de te benoemen deskundige voldoet aan de daaraan te stellen eisen (paragraaf 7.7). De deskundige moet onpartijdig zijn (paragraaf 7.7.1) en ter zake deskundig (paragraaf 7.7.2). Het belang van een juiste keuze van de persoon van de deskundige volgt uit de omstandigheid dat de rechter doorgaans de bevindingen van de deskundige zal overnemen; van een werkelijk vrije bewijswaardering is geen sprake (paragraaf 7.6). De kwaliteit van het deskundigenbericht – en daarmee van de rechterlijke beslissing over de feiten – wordt daarom in belangrijke mate bepaald door de persoon van de deskundige. Voor het verkrijgen van een deskundigenbericht dat een positieve bijdrage levert aan de waarheidsvinding, speelt ook de kwaliteit van de vraagstelling een rol. Alleen een goede vraagstelling kan leiden tot een deskundigenbericht dat een bijdrage levert aan de waarheidsvinding (paragraaf 7.8).

De derde vraag is ten slotte hoe aan de rechterlijke beoordeling van deskundigenberichten inhoud kan worden gegeven. Aan de hand van de in hoofdstuk 5 gegeven ijkpunten voor de bewijsbeslissing en de daar voorgestelde bewijswaarderingsmaatstaf wordt besproken dat de rechter, wanneer het deskundigenbericht voldoet aan de criteria van relevantie, kwaliteit, consistentie en coherentie, de bevindingen van de deskundige kan en ook moet volgen (paragraaf 7.9). In de meeste gevallen zal de rechter hiermee kunnen volstaan. Alleen wanneer sprake is van tegenstrijdige deskundigenberichten, moet van de rechter meer worden gevraagd (paragraaf 7.10).

## 7.2 Het epistemologische karakter van een deskundigenbericht

Net als de getuigenverklaring is het deskundigenbericht een vorm van *testimony*. Het is niet de eigen waarneming die als bron van kennis voor de rechter fungeert, maar de verklaring van een ander. Daarmee staat het deskundigenbericht op één lijn met de getuigenverklaring.

Deze vorm van kennisverwerving is besproken in paragraaf 6.4. Aan de orde kwam dat voor het verkrijgen van betrouwbare kennis op grond van verklaringen van anderen, aan twee vereisten moet zijn voldaan. In de eerste plaats moet degene die een verklaring aflegt, kennis hebben over het onderwerp waarover hij verklaart en op basis daarvan een waarheidsgetrouwe verklaring afleggen. In de tweede plaats geldt voor de ontvanger van de informatie dat hij geen aanleiding moet hebben om te twijfelen aan de juistheid van de afgelegde verklaring. In paragraaf 6.4 bleek ook dat met name het eerste vereiste problemen oplevert voor het verkrijgen van betrouwbare kennis op basis van getuigenverklaringen. Er heerst namelijk fundamentele onzekerheid over de waarheidsgetrouwheid van de door de getuige afgelegde verklaring. Die onzekerheid vloeit voort uit het gegeven dat er vele redenen

kunnen zijn voor een getuige om géén waarheidsgetrouwe verklaring af te (kunnen) leggen. Dit maakt het voor de rechter uitermate lastig om de waarheidsgetrouwheid van een getuigenverklaring in te schatten.

Wanneer we de verklaring van een deskundige hiermee vergelijken, vallen twee dingen op. Dat is in de eerste plaats dat voor de deskundige niet geldt dat sprake is van fundamentele onzekerheid over de waarheidsgetrouwheid van diens verklaring; er is geen reden om als algemeen vertrekpunt te nemen dat er voor de deskundige ‘vele redenen kunnen zijn om géén waarheidsgetrouwe verklaring af te leggen’. De rechter kan in beginsel uitgaan van de betrouwbaarheid van de deskundige. Hoe de rechter kan bewerkstelligen dat dit inderdaad het geval is, zal nader worden uitgewerkt in de paragrafen 7.7.1 en 7.7.2.

In de tweede plaats blijkt, en daar gaat het in deze paragraaf om, dat er in epistemologisch opzicht slechts een gradueel verschil bestaat tussen een getuigenverklaring en een deskundigenbericht.<sup>15</sup> Dat graduele verschil is gelegen in de mate waarin kan worden uitgegaan van de waarheidsgetrouwheid van de verklaring van de getuige respectievelijk de deskundige.<sup>16</sup> Als bron van kennis voor de rechter zijn zij echter op één lijn te stellen; beide zijn verklaringen van derden.<sup>17</sup>

Ook voor wat betreft de *soort* informatie of kennis die aan de rechter wordt verstrekt, is er geen principieel onderscheid te maken tussen de verklaring van een getuige en een deskundigenbericht. In vooral oudere literatuur is vaak betoogd dat dit wel het geval is. Op allerlei manieren is getracht een onderscheid te maken tussen de verklaring van een getuige en de verklaring van een deskundige. De meeste hiervan zijn naar hedendaagse inzichten weinig relevant meer en worden ook niet meer verdedigd.<sup>18</sup> Daarom wordt hier volstaan met de bespreking van een onderscheid dat nog wel gehanteerd wordt en ook het meeste aanspreekt: bij de getuige gaat het om het verklaren over de *waarneming* van feiten en bij deskundigen om het verklaren over een *mening* (of conclusie, oordeel) ten aanzien van de feiten.<sup>19</sup>

15 Vergelijk Opzoomer/Levy (1902): “Indien beiden [RHdB: getuige en deskundige] oordeelen, bepaalt zich het verschil, tussen beiden, tot een in quanto, en is het geenszins, gelijk onze wet het opvat, een in quali.”

16 Waarbij is aan te tekenen dat er ook bij getuigen grote verschillen kunnen zijn bij de inschatting van de waarheidsgetrouwheid van hun verklaring. Dit blijkt met name bij de toetsing aan het criterium van kwaliteit van de verklaring, zie paragraaf 6.6.3.

17 Vergelijk ook C.A.J. Coady (1992) p. 277 e.v.

18 Zie over verschillende onderscheidingen Asser/Anema & Verdam (1953) p. 493-494: de deskundige zou uitsluitend verklaren over algemene ervaringsregels terwijl de getuige verklaart over concrete waarnemingen; de deskundige verklaart over waarnemingen tijdens het proces en de getuige verklaart over waarnemingen vóór het proces; de waarneming van de deskundige is voor herhaling vatbaar en die van de getuige niet. Vergelijk ook H. Nagel (1967) p. 375-376.

19 Zie bijvoorbeeld R.R. Verkerk (2007) p. 493: de getuige wordt enkel gevraagd duidelijkheid te verschaffen over de feiten, terwijl de deskundige wordt ingeroepen om (ook) conclusies te trekken naar aanleiding van de feiten. Vergelijk voorts F.G. Scheltema (1939) p. 453 e.v.; R. van Boneval Faure (1893) p. 62. Het onderscheid is nog steeds van belang in het Engelse en Amerikaanse recht,

Op het eerste gezicht lijkt er een rechtvaardiging te zijn voor dit onderscheid. In veel gevallen vraagt de rechter de deskundige immers om een kwalificatie van bepaalde feiten. Zo legt de rechter aan de deskundige voor of de dakbedekking deugdelijk is aangebracht en of een accountant heeft gehandeld overeenkomstig de eisen die gelden voor een redelijk bekwaam en redelijk handelend accountant. De rechter wil de *mening* van de deskundige verkrijgen over de feiten in een concreet geval, tegen de achtergrond van de in het vakgebied van de deskundige geldende inzichten. Hier tegenover staat dan de getuige, van wie de rechter niet diens mening maar diens waarneming wil krijgen. Daarbij is ook te wijzen op art. 163 Rv, dat bepaalt dat een getuigenverklaring alleen tot bewijs kan dienen voor zover zij betrekking heeft op feiten, die door de getuige zelf zijn waargenomen.

Bij nadere beschouwing is het echter niet mogelijk een scherpe grens te trekken tussen het (verklaren over het) waarnemen van feiten door een getuige, en het kwalificeren of beoordelen van feiten door een deskundige. Elke waarneming heeft immers ook al een kwalificerend of interpreterend karakter en houdt daarom óók een beoordeling in (vergelijk paragraaf 6.9). De verklaring van een getuige kan daarom niet worden bestempeld als ‘enkel’ waarnemen; het voorschrift van art. 163 Rv moet daarom ook zeker niet te letterlijk worden genomen, zo is al besproken in paragraaf 6.6.3. Vergelijk Opzoomer/Levy:

*“(...) het oordelen [is] schering en inslag van ieder getuigenis, in dier voege dat de getuige, in psychologischen zin, niets anders doet, dan oordelen. (...) Als uit het getuigenis, het element der redeneering verdwijnt, verdwijnt het getuigenis.”<sup>20</sup>*

Waar voor de getuige geldt dat diens verklaring óók altijd een oordelend of interpretatief karakter heeft, geldt voor de deskundige dat diens verklaring nimmer alleen oordelend of interpreterend kan zijn; ook de verklaring van de deskundige behelst waarneming. Neem bijvoorbeeld de deskundige die gevraagd wordt zijn mening te geven over de vraag of een arts een beroepsfout heeft gemaakt bij het opereren van een patiënt. De deskundige zal de handelwijze van de arts tijdens de operatie moeten beoordelen, maar tegelijk zal hij ook moeten vaststellen wat die handelwijze precies is geweest. Het eerste aspect is meer kwalificerend van aard en bij het tweede aspect ligt het accent meer op het waarnemen van de feitelijke handelwijze. Voor het kwalificeren van de handelwijze van de arts moet de deskundige eerst zicht hebben op wat die handelwijze precies is geweest. Maar bij het vaststellen van de handelwijze van de arts (het waarnemen), speelt ook al het normatieve kader van de deskundige een rol; dit kader is ook vereist voor de selectie van de relevante feiten. In de oordeelsvorming van de deskundige zullen daarom beide aspecten zijn verweven.

omdat alleen deskundigenbewijs *opinions* mag bevatten; getuigenverklaringen die berusten op *opinions* (in plaats van op eigen waarneming) worden niet toegelaten als bewijsmiddel.

<sup>20</sup> Opzoomer/Levy (1902) p. 165.

Met andere woorden, er is geen scherp onderscheid te maken tussen enerzijds *waarnemen*, waartoe de getuige zich zou moeten beperken, en anderzijds *oordelen over waarnemen*, waarop de verklaring van de deskundige zou zijn gericht. Zie Asser/Anema & Verdam:

*“Bezie men de begrippen feit en conclusie, waarnemen en oordelen van naderbij, dan zijn de verschillen dermate onduidelijk dat deze tegenstelling geen waarde heeft. Psychologisch is reeds voor het weergeven van de meeste eenvoudige waarneming een zeer ingewikkeld samenstel van logische en psychologische bewust-zijns-werkingen nodig, die een meestal subjectief karakter dragen. Tussen wat men in het dagelijks leven waarnemen en oordelen over de waarneming noemt, bestaat derhalve geen soortelijk verschil.”<sup>21</sup>*

Ook de vraagstelling van de rechter zal op beide aspecten – feitenvaststelling en feitenkwalificatie – gericht zijn. Het is niet zo dat er een vaststaand feitencomplex is, waarover de rechter de kwalificatie van de deskundige vraagt; ook de vaststelling van het feitencomplex vraagt namelijk al om deskundige kennis. De rechter zal zelf niet in staat zijn om op correcte wijze feitelijk te omschrijven wat de arts tijdens de operatie heeft gedaan of juist niet heeft gedaan. De feiten zelf zijn al ‘*expert facts*’.<sup>22</sup>

Het voorbeeld laat ook zien dat het niet bijzonder is dat de deskundige zelf feiten toevoegt. Het vaststellen of toevoegen van feiten door de deskundige zal in veel gevallen complementair zijn aan het kwalificeren van de feiten en noodzakelijk voor het beantwoorden van de door de rechter gestelde vragen.<sup>23</sup>

In een deskundigenbericht zijn feitenvaststelling en kwalificatie van feiten dus verweven. Daarom kan niet worden volgehouden dat de deskundige zich slechts zou richten op het kwalificeren van feiten; het gaat ook om waarneming en vaststelling van de feiten.<sup>24</sup> Derhalve kan niet worden gesteld dat een deskundigenbericht in vergelijking met een getuigenverklaring in epistemologisch opzicht een bijzonder karakter heeft. Beide hebben te gelden als verklaringen van derden, die de rechter gebruikt bij de te nemen bewijsbeslissing. Zowel de getuigenverklaring als het

21 Asser/Anema & Verdam (1953) p. 494. In vergelijkbare zin Star Busmann-Rutten-Ariëns (1972) p. 259 en Opzoomer/Levy (1902) p. 165. Vergelijk ook de Parlementaire geschiedenis nieuw bewijsrecht (1988) p. 325.

22 Déirdre Dwyer (2008) p. 90.

23 Dit laat onverlet dat de deskundige niet feitelijke aspecten bij de zaak dient te betrekken waarover partijen zich niet hebben kunnen uitlaten. Zie daarover Parlementaire geschiedenis nieuw bewijsrecht (1988) p. 319 en G. de Groot (2008) p. 289.

24 Vergelijk Déirdre Dwyer (2008), p. 76 e.v., waar zij beargumenteert dat in epistemologisch opzicht geen onderscheid te maken is tussen *questions of fact* en *questions of opinion*. Dit onderscheid is in het Engelse en Amerikaanse recht van belang, omdat, zoals al is vermeld in een eerdere voetnoot, alleen deskundigenbewijs *opinions* mag bevatten.

deskundigenbericht bevatten verklaringen over feiten, waarbij waarneming en kwalificatie van die feiten door elkaar lopen.

De vraag is dan of het deskundigenbericht in procesrechtelijk opzicht misschien wél een eigen karakter heeft. Dit is onderwerp van de volgende paragraaf.

### 7.3 Het procesrechtelijke karakter van een deskundigenbericht

In de literatuur is lange tijd gediscussieerd over het procesrechtelijke karakter van het deskundigenbericht.<sup>25</sup> Volgens sommigen is het deskundigenbericht een bewijsmiddel; anderen typeren het deskundigenbericht als een *advies* aan de rechter of een *middel ter voorlichting* van de rechter.<sup>26</sup>

De opvatting dat het deskundigenbericht géén bewijsmiddel is, werd mede ingegeven door het feit dat in het oude procesrecht art. 1903 BW (oud) een opsomming bevatte van de wettelijke bewijsmiddelen, waarin het deskundigenbericht niet voorkwam.<sup>27</sup> Mede daarom werd betoogd dat het deskundigenbericht geen bewijsmiddel is.<sup>28</sup>

De heersende opvatting in de literatuur is thans dat het deskundigenbericht beide is.<sup>29</sup> Ook de wetgever zou hiervan zijn uitgegaan.<sup>30</sup> Het deskundigenbericht is aan de ene kant een advies aan de rechter, dat de rechter nodig heeft wanneer zij zich vanwege het specialistische karakter van de feiten waarover partijen in de procedure debatteren, niet in staat is daarover zelfstandig een oordeel te vormen.

25 Zie voor een overzicht van deze discussie in de Nederlandse literatuur G. de Groot (2008) p. 136 e.v.

26 Het deskundigenbericht wordt als een bewijsmiddel getypeerd door onder meer F.G. Scheltema (1939) p. 86-87 en p. 453; Star Busmann-Rutten-Ariëns (1972) p. 260; R. van Boneval Faure (1893) p. 64. Pleitbezorger van het standpunt dat het deskundigenbericht een advies aan de rechter is zijn Van Rossem-Cleveringa (1972) p. 674; Asser/Anema & Verdam (1953) p. 492 e.v.; A. Pitlo (1950) p. 25.

27 Zoals bekend is art. 1903 BW (oud) in 1988 vervangen door art. 179 Rv (in 2002 vernummerd tot art. 152 Rv), dat geen opsomming van de bewijsmiddelen meer geeft, maar bepaalt dat '*bewijs kan worden geleverd door alle middelen*.'

28 Zie in deze zin bijvoorbeeld nog A.A. de Pinto (1857) p. 356: '*dat berigt [dient] alleen tot voorlichting van den regter, niet tot bewijs*.' Deze opvatting is echter al lang geleden door de Hoge Raad verworpen, zie reeds (ook aangehaald door G. de Groot (2008) p. 137) HR 27 november 1846, W. 790 en HR 11 februari 1859, W. 2034. Zie ook HR 13 januari 1995, NJ 1997, 175 m.nt. CJHB.

29 Zie onder meer Hugenholtz/Heemskerk (2009) p. 99; G. de Groot (2008) p. 137, met verdere verwijzingen; T.A.W. Sterk (1991) p. 305; Van Rossem/Cleveringa (1972) p. 674. Zie anders R.R.Verkerk (2007) p. 492-493, die het standpunt inneemt dat de deskundige *adviseur* is van de rechter. Ook Stein/Rueb (2009) p. 175, lijkt zich nog op het standpunt te stellen dat het deskundigenbericht géén bewijsmiddel is. Snijders-Klaassen-Meijer (2007) p. 243-244, rept alleen over het deskundigenbericht als bewijsmiddel.

30 In die zin, dat de wettelijke regeling zowel elementen bevat die passen bij de visie dat het deskundigenbericht een advies aan de rechter is, als bij de visie dat het deskundigenbericht een bewijsmiddel is. Een expliciete stellingname op dit punt is in de wetsgeschiedenis echter niet te vinden.

Aan de andere kant fungeert het deskundigenbericht ook als een middel waarmee een partij bewijs kan leveren van de door haar gestelde feiten. Een partij kan immers ter onderbouwing van door haar gestelde feiten met een specialistisch karakter, een deskundigenbericht in de procedure overleggen.

Het onderscheid tussen de kwalificatie van het deskundigenbericht als advies enerzijds en bewijsmiddel anderzijds vloeit voort uit de verschillende historische achtergronden van het deskundigenbericht. In continentale rechtssystemen heeft het deskundigenbericht zich ontwikkeld vanuit het Romeinse recht, waar de positie van de deskundige dicht tegen die van de rechter aan lag en de deskundige als hulppersoon van de rechter fungeerde. De rechter kon met eigen zintuiglijke waarneming rechtstreeks kennisnemen van bepaalde feiten, maar kon zich ook laten bijstaan door een derde, de deskundige. De waarneming van de deskundige kwam als het ware in de plaats voor de eigen waarneming van de rechter.<sup>31</sup> Het lag daarmee voor de hand om de deskundige te zien als de verlengde arm van de rechter en daarmee het advies van de door de rechter benoemde deskundige primair te kwalificeren als een middel tot voorlichting van de rechter.<sup>32</sup>

In het Anglo-Amerikaanse recht daarentegen is het advies van een deskundige van oorsprong een bewijsmiddel dat zich op één lijn bevindt met andere bewijsmiddelen, zoals de verklaring van een getuige of schriftelijke bewijsstukken. Het Anglo-Amerikaanse recht is vanouds in sterke mate een partijenproces, waarin het op de weg van partijen ligt om bewijsmiddelen in te brengen. Dit geldt ook voor deskundigenberichten; het is de taak van partijen om een deskundigenbericht in te winnen en dit aan de rechter te presenteren.<sup>33</sup>

Bij de vraag of het deskundigenbericht een bewijsmiddel of een advies aan de rechter is, gaat het om een gekunsteld onderscheid. Hier zijn de volgende argumenten te noemen. Wanneer de rechter van mening is dat zij niet in staat is een beslissing te nemen over de feiten – de derde fase van de feitenvaststelling, vergelijk paragraaf 1.5.3 –, zal zij nadere informatie moeten inwinnen om die beslissing alsnog te kunnen nemen. De rechter kan dat op verschillende manieren doen: door nadere schriftelijke gegevens te vragen, door getuigen te horen, door een gerechtelijke plaatsopneming te gelasten of door een deskundigenbericht in te winnen. In alle gevallen gaat het echter om nadere *informatie* die de rechter nodig heeft om een beslissing over de feiten te kunnen nemen. Deze informatie draagt bij aan de bewijsbeslissing en bevat de ingrediënten voor die beslissing;

31 H. Nagel (1967) p. 373 e.v. Vergelijk ook Asser/Anema & Verdam (1953) p. 489 en 491, waar gewezen wordt op de historische verwantschap in het Romeinse recht tussen de gerechtelijke plaatsopneming en het onderzoek van deskundigen. Zie voorts R.R. Verkerk (2010) p. 159 e.v. en G. de Groot (2008) p. 71 e.v.

32 Mirjan R. Damaška (1986) p. 54, wijst erop dat door de rechter benoemde deskundigen passen in de hiërarchische stijl van de continentale rechtssystemen.

33 Sinds de invoering van de ‘Woolf-reforms’ is dit anders. Thans heeft de rechter de mogelijkheid zelf een ‘joint single expert’ te benoemen. Zie hierover onder meer Déirdre Dwyer (2008) p. 284-331; Neil Andrews (2003) p. 739 e.v.

de getuigenverklaring net zo goed als het deskundigenbericht. In die zin kan voor beide bewijsmiddelen worden gesteld dat ze dienen ‘*ter voorlichting van de rechter*’: de rechter betreft de met de bewijsmiddelen verkregen informatie bij de te nemen bewijsbeslissing. Bekeken vanuit die bewijsbeslissing zijn het echter allebei bewijsmiddelen die dienen tot hetzelfde *doel*: de bewijsbeslissing.<sup>34</sup> Beide zijn gegevens die de rechter ten grondslag legt aan de te volgen bewijsredenering (vergelijk paragraaf 5.3 over het karakter van bewijsredeneringen).<sup>35</sup> Het al of niet kwalificeren van een bewijsmiddel als ‘advies’ voegt hieraan niets toe.

Voorts is van belang dat, zoals in de vorige paragraaf is betoogd, er in epistemologisch opzicht geen onderscheid is te maken tussen het deskundigenbericht en de getuigenverklaring. Of het bewijsmiddel een verklaring bevat van een getuige of een verklaring van een deskundige, maakt geen wezenlijk verschil. Ook hieraan kan derhalve geen argument worden ontleend om het deskundigenbericht in procesrechtelijk opzicht anders te typeren dan andere bewijsmiddelen.

Een volgend argument is dat in het wettelijk systeem het deskundigenbericht als ‘advies’ moeilijk is in te passen. Het deskundigenbericht is geplaatst in de afdeling ‘Bewijs’ en is een van de middelen om bewijs te leveren, waarop art. 152 lid 1 Rv doelt: *bewijs kan worden geleverd door alle middelen, tenzij de wet anders bepaalt*. De wet kent niet het ‘advies’ of ‘middel ter voorlichting’ aan of van de rechter. Dit betekent dat het in procesrechtelijk opzicht moeilijk is om aan te geven wat daaronder verstaan zou moeten worden.

Dat het deskundigenbewijs als een bewijsmiddel moet worden beschouwd, is ook af te leiden uit de rechtspraak van de Hoge Raad.<sup>36</sup> Zo respondeerde de Hoge Raad op een klacht dat een deskundigenbericht geen bewijsmiddel vormt (zodat de rechter daarop niet de bewijsbeslissing mag baseren, wanneer voor de feiten geen andere bewijsmiddelen beschikbaar zijn), dat ‘(...), *nu de wet niet anders bepaalt, bewijs ook door een deskundigenbericht kan worden geleverd*.’<sup>37</sup> Bovendien heeft de Hoge Raad beslist dat een bewijsaanbod dat strekt tot het leveren van tegenbewijs tegen ‘feitelijke vaststellingen in een deskundigenbericht’, moet

34 Asser/Anema & Verdam (1953) p. 495, benadrukt juist het verschillende (procesrechtelijke) doel van deskundigenbericht en getuigenverklaring: “*Het doel, waartoe een getuige in het procesrecht dient, is, om de rechter nieuwe gegevens te verschaffen; het doel, waartoe de deskundige moet verschijnen, is om de feiten te verhelderen.*”

35 Vergelijk ook F.G. Scheltema (1939) p. 87.

36 Volgens G. de Groot (2008) p. 137, zou uit de rechtspraak van de Hoge Raad volgen dat het deskundigenbericht zowel het karakter van een advies als het karakter van een bewijsmiddel heeft. In de uitspraken waarnaar wordt verwezen, komt dit echter niet duidelijk naar voren.

37 HR 13 januari 1995, NJ 1997, 175 m.nt. CJHB.

worden gehonoreerd.<sup>38</sup> Ook dit wijst erop dat het deskundigenbericht ‘gewoon’ een bewijsmiddel is, waartegen desgewenst tegenbewijs kan worden geleverd.<sup>39</sup>

Ten slotte is nog het volgende van belang. Tot nu toe is er stilzwijgend vanuit gegaan dat het deskundigenbericht afkomstig is van een door de rechter benoemde deskundige. Dit is ook de in wet geregelde situatie: de rechter benoemt op de voet van art. 194 Rv of, bij een voorlopig deskundigenbericht, art. 202 Rv, een of meer deskundigen. Deze deskundige wordt door de rechter volgens de wettelijke voorschriften benoemd en brengt volgens de wettelijke voorschriften een bericht uit aan de rechter. Een partij kan echter ook zelf een deskundige aanzoeken.<sup>40</sup> Wanneer een partij een zelf ingewonnen deskundigenbericht in de procedure brengt, zal er geen discussie zijn dat dit het karakter heeft van een bewijsmiddel. De partij onderbouwt de door haar gestelde feiten immers met het deskundigenbericht en brengt dus bewijs bij. Het gevolg zou zijn dat er óók een onderscheid moet worden gemaakt tussen berichten die afkomstig zijn van deskundigen die zijn aangezocht door een partij, en berichten afkomstig van deskundigen die zijn benoemd door de rechter; in het eerste geval zou sprake zijn van een bewijsmiddel en in het tweede geval zou het (meer of ook) om een advies gaan. Ook dit is een gekunsteld onderscheid, waarvoor moeilijk een epistemologische of procesrechtelijke grondslag te vinden is.

Een gedachte zou nog kunnen zijn dat het deskundigenbericht een ander karakter heeft dan andere bewijsmiddelen, omdat het pas in beeld komt *nadat* partijen eerst zelf bewijs hebben bijgebracht van de door hen gestelde feiten. De rechter heeft het deskundigenbericht dan nodig om de bewijslevering van partijen te beoordelen. Deze benadering strookt echter niet met het hiervoor aangehaalde arrest, waarin is overwogen dat een partij ook bewijs kan leveren *door* het deskundigenbericht.

Al met al is er geen goede grond om een deskundigenbericht als ingrediënt voor de rechterlijke bewijsbeslissing een bijzonder karakter toe te kennen, door het (ook) te kwalificeren als advies aan de rechter. Het deskundigenbericht is ‘gewoon’ een bewijsmiddel.

Iets anders is dat de *bewijskracht* van de verschillende bewijsmiddelen niet gelijk is. Hierop is al gewezen in paragraaf 5.6.2: hoewel alle bewijsmiddelen formeel op gelijke voet staan, zijn er wel degelijk verschillen in kwaliteit tussen de verschillende bewijsmiddelen. Schriftelijke stukken, getuigenverklaringen en deskundigenberichten zijn in kwalitatief opzicht niet op één lijn te stellen, wat

38 HR 12 mei 2000, NJ 2000, 440.

39 Al kan de gekozen formulering erop wijzen dat tegenbewijs niet hoeft te worden toegestaan wanneer het niet gaat om ‘feitelijke vaststellingen’ in een deskundigenbericht. In paragraaf 7.2 is er echter op gewezen dat het onderscheid tussen feitelijke vaststellingen en meningen of kwalificaties nauwelijks te maken is.

40 Dat dit mogelijk is, volgt uit art. 200 Rv, waarin de mogelijkheid is gecreëerd tot het verhoor door de rechter van door een partij aangezochte deskundigen. De wet geeft verder geen regeling voor het inwinnen van een advies bij een niet door de rechter benoemde deskundige.



meebrengt dat de rechter daaraan niet gelijke bewijskracht zal toekennen. In het algemeen zal de rechter meer bewijskracht toekennen aan een deskundigenbericht dan aan een getuigenverklaring, zeker wanneer het bericht afkomstig is van een door de rechter zelf benoemde deskundige. Daar heeft de rechter ook goede redenen voor, zo zal worden besproken in paragraaf 7.7. Dat er verschillen zijn in de bewijskracht van een getuigenverklaring en een deskundigenbericht, doet op zich zelf echter niet af aan het uitgangspunt dat in beide gevallen sprake is van een bewijsmiddel; van een element dat de rechter nodig heeft om een bewijsbeslissing te kunnen nemen.

#### 7.4 De vrijheid van de rechter om een deskundigenbericht in te winnen

Opvallend in het geldende recht is de grote vrijheid die rechter heeft bij de beslissing om al dan niet een deskundigenbericht in te winnen. Volgens vaste jurisprudentie is het aan het oordeel van de rechter overgelaten om te beslissen of wordt overgegaan tot de benoeming van een deskundige.<sup>41</sup> Ook wanneer een of beide partijen een verzoek doen aan de rechter om een deskundige te benoemen, staat het de rechter vrij om dit verzoek al dan niet te honoreren. Dit is een essentieel verschil met het verzoek om een getuigenverhoor; dat moet de rechter in beginsel steeds honoreren. Anders dan bij het getuigenbewijs (art. 166 Rv) geeft de wet partijen ook geen *recht* op bewijs door middel van een deskundigenbericht. Een uitzondering hierop is een verzoek om een *voorlopig* deskundigenbericht: naar vaste rechtspraak moet de rechter zo'n verzoek in beginsel wél honoreren en is geen sprake van een discretionaire bevoegdheid.<sup>42</sup>

Tegen de achtergrond van de conclusies in de vorige paragrafen, dat er noch in epistemologisch noch in procesrechtelijk opzicht een scherp onderscheid te maken valt tussen bewijs door middel van getuigenverklaringen en bewijs door middel van een deskundigenbericht, is het verschil in benadering tussen het honoreren van een verzoek om het leveren van bewijs door middel van getuigen en het verzoek om het leveren van bewijs door middel van een deskundigenbericht, moeilijk te begrijpen. In beide gevallen gaat het er immers om bewijsmiddelen aan te dragen die kunnen leiden tot een positieve bewijsbeslissing van de rechter. Het gekozen bewijsmiddel – getuigenverklaringen of deskundigenbewijs – is afhankelijk van

41 Zie onder meer HR 11 juli 2008, NJ 2008, 401; HR 9 september 2005, NJ 2006, 619; HR 6 december 2002, NJ 2003, 63; HR 14 december 2001, NJ 2002, 73; HR 16 april 1999, NJ 1999, 666 m.nt. P. Clausen; HR 20 mei 1988, NJ 1988, 779.

42 Een verzoek om een voorlopig deskundigenbericht mag de rechter slechts passeren wanneer het in strijd komt met de goede procesorde, misbruik van bevoegdheid oplevert of afstuit op andere zwaarwichtige bezwaren. Daarnaast moet het verzoek ter zake dienend en voldoende concreet zijn en betrekking hebben op feiten die met het deskundigenbericht bewezen kunnen worden. Zie onder meer HR 30 maart 2007, NJ 2007, 189; HR 11 februari 2005, NJ 2005, 442 m.nt. DA; HR 19 december 2003, NJ 2004, 584; HR 13 september 2002, NJ 2004, 18 m.nt. HJS; HR 6 februari 1998, NJ 1999, 478 m.nt. HJS.

de aard van de te bewijzen feiten, maar doet niet terzake voor het doel: het leveren van bewijs voor de betwiste feiten.

Even moeilijk te begrijpen is het in de jurisprudentie gecreëerde onderscheid tussen een verzoek om een voorlopig deskundigenbericht en een verzoek om een regulier deskundigenbericht. De Hoge Raad heeft dit onderscheid gerechtvaardigd met het argument dat een voorlopig deskundigenbericht, anders dan het gewone deskundigenbericht, mede als functie heeft een partij haar processuele positie beter te kunnen doen inschatten.<sup>43</sup> Met andere woorden, zo is de visie van de Hoge Raad samengevat door Langemeijer, een gewoon deskundigenbericht staat meer ten dienste van de rechter en een voorlopig deskundigenbericht vooral ten dienste van partijen.<sup>44</sup> Maar ook hier geldt dat, uiteindelijk, beide deskundigenberichten dienen tot hetzelfde doel: zij vormen een ingrediënt voor de rechterlijke bewijsbeslissing. Akkermans stelt dan ook terecht:

“(…) [het door Langemeijer geconstateerde onderscheid] *berust slechts op een niet concludent onderscheid in paradigma.*”<sup>45</sup>

Los van de gerechtvaardigdheid van het verschil tussen een verzoek om een voorlopig deskundigenbericht en een verzoek om een gewoon deskundigenbericht, geldt dat het bezwaarlijk is om de rechter een niet-genormeerde, discretionaire, bevoegdheid te geven bij de beslissing om al dan niet een deskundige in te schakelen. Niet alleen kan dit ertoe leiden, zoals in de inleiding al werd aangegeven, dat de rechter niet in alle gevallen waarin dit nodig is, een deskundige inschakelt. Als het gaat om de vaststelling van feiten waarover de rechter de benodigde specialistische kennis mist, kan daardoor de waarheidsvinding in het gedrang komen. De rechter kan nu eenmaal niet vaststellen of een woning een deugdelijke fundering heeft, omdat zij niet beschikt over kennis van bouwkundige aard. Het is daarom niet aanvaardbaar dat het de rechter geheel vrijstaat om wel of niet een deskundigenbericht in te winnen over de deugdelijkheid van de fundering. Er bestaat dan een reëel risico dat de rechter de feiten niet correct vaststelt.

Een probleem is bovendien dat partijen in de praktijk moeilijk kunnen inschatten of een rechter wel of niet zal overgaan tot de inschakeling van een deskundige. Zoals in de inleiding is aangegeven, kunnen rechters allerlei redenen hebben om geen deskundigenbericht in te winnen. Hoe de persoonlijke afweging van de rechter zal uitvallen, is voor een partij niet te voorzien. Dit is een weinig bevredigende situatie.

De rechter zou daarom minder vrijheid moeten krijgen bij het toestaan van een verzoek om een deskundige in te schakelen. Ook in de literatuur is dit regelmatig bepleit. Op zijn minst zou de rechter moeten *motiveren* waarom zij een

43 HR 9 februari 1998, NJ 1999, 478 m.nt. HJS.

44 Aldus A-G Langemeijer in punt 3.9 van zijn conclusie bij HR 14 december 2001, NJ 2002, 73.

45 A.J. Akkermans (2004) p. 91 e.v.

verzoek om een deskundigenbericht wel of niet honoreert.<sup>46</sup> Sommigen auteurs gaan een stap verder en stellen voor dat een verzoek om een getuigenverhoor en een verzoek om een deskundigenbericht op dezelfde wijze moeten worden benaderd.<sup>47</sup>

Het is echter de vraag of het zinvol is om een verzoek om een deskundigenbericht precies gelijk te schakelen aan een verzoek om een getuigenverhoor, als dat zou betekenen dat een verzoek om een deskundigenbericht in beginsel óók steeds moet worden gehonoreerd.<sup>48</sup> Hiertegen pleit vooral het praktische argument, dat het inwinnen van een deskundigenbericht veel ingrijpender gevolgen heeft voor het verloop van de procedure dan een getuigenverhoor.<sup>49</sup> Dat een verzoek om een deskundigenbericht niet op dezelfde wijze behandeld zou moeten worden als een verzoek om een getuigenverhoor, betekent echter geenszins dat moet worden vastgehouden aan de huidige praktijk, waarin de rechterlijke beslissing om wel of niet een deskundige in te schakelen niet genormeerd is. De rechter heeft daarvoor een maatstaf nodig. Deze maatstaf zal onderwerp zijn van de volgende paragraaf.

### 7.5 Een maatstaf voor het inwinnen van een deskundigenbericht

Het doel van het inwinnen van een deskundigenbericht is het verkrijgen van voorlichting of advies in verband met het specialistische karakter van de vaststelling van een of meer feiten. Tegen deze achtergrond kan de volgende, voor de hand liggende, maatstaf voor het inwinnen van een deskundigenbericht worden geformuleerd:

*De rechter moet in beginsel overgaan tot het inwinnen van een deskundigenbericht wanneer sprake is van voor de beslissing relevante feiten, waarvoor de vaststelling specialistische kennis vereist, tenzij de rechter deze kennis op andere wijze kan verkrijgen.*<sup>50</sup>

46 Zie onder meer G. de Groot (2008) p. 442-443; Adviescommissie voor het Burgerlijk Procesrecht (2008) onder punt 26; A.J. Akkermans (2004) p. 96 e.v.; Asser-Groen-Vranken, Tzankova (2003) p. 87; W.D.H. Asser (2003) p. 6-7; H.J. Snijders in zijn noot bij HR 6 februari 1998, NJ 1999, 478; J.B.M. Vranken (1995) p. 23 en p. 30; J.B.M. Vranken (1993) p. 236.

47 S. Slabbers en N.M. Mulder (2001) p. 229. C.J.M. Klaassen (2005), stelt voor een verzoek om een deskundigenbericht op gelijke wijze te behandelen als een verzoek om een voorlopig deskundigenbericht. Idem A.J. Akkermans (2004), die voor beide gevallen echter meer rechterlijke beoordelingsruimte bepleit.

48 Uiteraard mits het verzoek relevant en voldoende concreet is.

49 Met alle procedurele stappen waarmee het inwinnen van een deskundigenbericht gepaard gaat, zal gemiddeld zeker een jaar zijn gemoeid. Bovendien zijn met het inschakelen van een deskundige vaak hoge kosten gemoeid, waarbij dan nog de extra kosten voor de procedurele verwikkelingen komen. Deze kosten zullen wel moeten opwegen tegen het belang van de procedure.

50 Deze maatstaf sluit naadloos aan bij de omschrijving in de literatuur van de situatie waarin de rechter een deskundigenbericht inwint.

Aan de hand van deze maatstaf zal de rechter in een concreet geval moeten motiveren waarom voor de vaststelling van de betwiste feiten al dan niet specialistische kennis is vereist. Als de rechter in haar beslissing op dit punt geen toereikende motivering geeft, zou de beslissing in cassatie moeten worden vernietigd.

De maatstaf drukt om te beginnen uit dat de inschakeling van een deskundige pas aan de orde is wanneer de rechter de specialistische kennis niet op andere wijze kan verkrijgen. Daarbij is te denken aan het inwinnen van informatie bij partijen of het gelasten van een getuigenverhoor. Dit subsidiaire karakter van deskundigenbewijs is op zijn plaats, vanwege de al eerder genoemde ingrijpende gevolgen van het inschakelen van deskundigen: er zijn veel kosten mee gemoeid en het verlengt in aanzienlijke mate de procedure.

Bij de toepassing van de maatstaf komt het aan op de vraag of specialistische kennis vereist is voor het vaststellen van bepaalde feiten. De maatstaf houdt hiervoor een *geobjectiveerd* criterium in. Het gaat er niet om over welke specialistische kennis de individuele rechter wel of niet beschikt, maar wat naar geldende inzichten redelijkerwijs als specialistische kennis heeft te gelden. Er dient derhalve geabstraheerd te worden van de omstandigheid dat een individuele rechter toevalligerwijs beschikt over bepaalde specialistische kennis; de mogelijkheid om langs andere weg de specialistische kennis te verkrijgen duidt niet op eigen kennis van de rechter.<sup>51</sup> Vergelijk hierover – in strafrechtelijk verband – ook Knigge:

*“In theorie is denkbaar dat een rechter over specialistische kennis beschikt, bijvoorbeeld doordat hij niet alleen in de rechten, maar ook in de medicijnen is afgestudeerd. Van die specialistische kennis mag de rechter echter geen gebruik maken. (...)*

*Dus zelfs als het zo zou zijn dat de rechter op grond van zijn kennis en ervaring volkomen gekwalificeerd zou zijn om als deskundige op te treden, dan nog mag hij geen deskundigenoordeel geven. De reden daarvoor is geworteld in het contradictoire strafproces. De rechter die zichzelf tot deskundige verheft, ontnemt de procespartijen de mogelijkheid om het deskundigenoordeel – waarvan dan immers pas uit het vonnis blijkt – vooraf, ter terechtzitting te betwisten. Dat bezwaar wordt niet ondervangen als de rechter zijn eigen deskundigenoordeel vooraf, als voorlopig oordeel, ter zitting zou presenteren. Het recht van de verdachte om dat oordeel aan te vechten, bijvoorbeeld door middel van een tegendeskundige, zou dan weliswaar in theorie zijn gerespecteerd, maar tegelijk betekenisloos zijn geworden door de gebleken vooringenomenheid van de rechter. Een onpartijdig oordeel over de vraag welke deskundige gelijk heeft – hijzelf of de tegendeskundige – kan dan immers niet meer van de rechter worden verwacht.”<sup>52</sup>*

51 Zie idem R. van Boneval Faure (1893) p. 61. Vergelijk voorts F.G. Scheltema (1939) p. 456, die schrijft over de rechterlijke beoordeling van de echtheid van tekeningen: “*Waarschijnlijk bevond zich onder de toenmalige rechter een kenner der schilderkunst, maar welke waarborg bestaat er voor de degelijkheid van het rechterlijke amateurisme op schildergebied? Een dergelijk oordeel kan men aan den rechter principieel niet toevertrouwen.*”

52 Zie de conclusie van A-G Knigge onder punt 3.6.10 voor HR 7 oktober 2008, NJ 2009, 44.

De argumenten die Knigge aanvoert, liggen in het strafrecht een fractie anders dan in het civiele recht. Zo geldt voor het civiele recht niet het vereiste dat alle bewijsmiddelen ter zitting moeten zijn gepresenteerd. De kern van zijn betoog kan echter worden doorgetrokken naar het civiele procesrecht. Ook daar geldt dat de rechter die haar eigen specialistische kennis gebruikt, haar onpartijdigheid op het spel zet.<sup>53</sup>

Een bijkomend bezwaar tegen het gebruik van eigen specialistische kennis van de rechter kan ontleend worden aan het processuele belang van waarheidsvinding. Zoals in paragraaf 2.5 is aangegeven, gaat het daarbij om het belang dat partijen daadwerkelijk een bijdrage kunnen leveren aan het *proces* van waarheidsvinding. Het leveren van die bijdrage kan er ook uit bestaan dat een partij inspraak heeft in een te benoemen deskundige, in de aan de deskundige voor te leggen vraagstelling en de gelegenheid krijgt om informatie te verstrekken aan de deskundige en, in een later stadium, om commentaar te leveren op de concept-rapportage van de deskundige. Deze vorm van participatie aan de waarheidsvinding is niet mogelijk wanneer de rechter haar eigen specialistische kennis gebruikt. In feite is er dan géén participatie; partijen kunnen niets anders dan de rechterlijke beslissing, waarin dan de specialistische kennis is vervat, afwachten. Dit staat op gespannen voet met het processuele belang van waarheidsvinding en ondergraaft de legitimiteit van de rechterlijke beslissing.<sup>54</sup>

Dat de rechter geen gebruik moet maken van eigen specialistische kennis, betekent ook dat een beperkte invulling moet worden gegeven aan ‘algemene ervaringsregels’ in de zin van art. 149 lid 2 Rv,<sup>55</sup> net als dat geldt voor ‘feiten van algemene bekendheid’ (paragraaf 3.7).<sup>56</sup> Algemene ervaringsregels zijn regels die de rechter zonder bewijslevering bij de beoordeling mag betrekken.<sup>57</sup> De

53 Vergelijk ook HR 29 juni 2007, NJ 2008, 177 m.nt. H.J. Snijders en J. Legemaate: het staat een arbiter niet zonder meer vrij om zijn eigen deskundigheid in te zetten voor het vergaren van feiten.

54 Dit argument is al te vinden bij R. van Boneval Faure (1893) p. 61: “*De rechter zal dan in de regel de voorlichting van der zake kundigen noodig hebben en moet die zelfs inroepen, wanneer hij bij toeval in een of ander bijzonder vak als een deskundige ervaren mocht zijn. (...) Toch zal hij daarbij [bij de beslissing om geen deskundigenbericht in te winnen, RHdB] met bijzondere omzichtigheid moeten te werk gaan, omdat hij dan aan zich zelven een brevet van deskundige uitreikt, dat hij in de oogen van partijen soms niet heeft, en daardoor een voor hen weinig betrouwbaar oordeel uitspreken zou (...).*”

55 Art. 149 lid 2 Rv luidt als volgt: “*Feiten of omstandigheden van algemene bekendheid, alsmede algemene ervaringsregels mogen door de rechter aan zijn beslissing ten grondslag worden gelegd, ongeacht of zij zijn gesteld, en behoeven geen bewijs.*” Zie ook paragraaf 1.3: algemene ervaringsregels vallen onder het feit-begrip.

56 Zie in deze zin ook Van Boom, Tiel en Van der Zalm (2010), die waarschuwen dat een feit van algemene bekendheid soms niet meer is dan een waardeoordeel of een op intuïtie gestoelde opvatting van de rechter.

57 De in deze zin opgevatte algemene ervaringsregels worden door de rechter overigens niet alleen gebruikt als element voor de bewijsbeslissing, maar ook bij de waardering van het bewijs. Vergelijk Friedrich Stein (1893) p. 32 e.v.

algemene ervaringsregels waarvan de rechter probleemloos gebruik mag maken, zijn de ervaringsregels uit het dagelijkse leven, zoals de ervaringsregel dat de weg glad wordt als het sneeuwt. De in de wettekst aan ervaringsregels gegeven toevoeging van het woord ‘algemeen’, heeft dus niet zozeer betrekking op de omvang waarin de ervaringsregels bekend zijn,<sup>58</sup> maar op de *aard van de inhoud* van de ervaringsregels.<sup>59</sup> Dit betekent dat ervaringsregels die betrekking hebben op kwesties van *bijzondere* aard, dat wil zeggen op kwesties waarvoor bijzondere of specialistische kennis is vereist, door de rechter niet mogen worden gebruikt.<sup>60</sup> Eigen specialistische kennis van de rechter kan dus niet onder ervaringsregels als bedoeld in art. 149 lid 2 Rv worden begrepen. De rechter mag daarom niet de inschakeling van een deskundige achterwege laten door gebruik te maken van eigen specialistische kennis, verpakt in ervaringsregels.<sup>61</sup> Het is dan ook teveel gezegd dat de rechter naar eigen inzicht mag bepalen of sprake is van algemene ervaringsregels.<sup>62</sup> De rechter moet nagaan of sprake is van kennis die van algemene aard is of van kennis die van bijzondere aard is, waarbij algemene kennis, als gezegd, beperkt moet worden opgevat.<sup>63</sup>

Terugkerend naar de maatstaf die de rechter moet hanteren om te beoordelen of een deskundige moet worden ingeschakeld: de rechter dient op geobjectiveerde wijze de vraag te beantwoorden of voor de vaststelling van een feit specialistische kennis is vereist. Deze vraag zal niet altijd eenvoudig te beantwoorden zijn. Voor sommige feiten is het duidelijk dat de vaststelling daarvan specialistische kennis vereist. Denk bijvoorbeeld aan medische kwesties, taxaties of technische vragen. De rechter zal op deze terreinen in het algemeen niet over de kennis beschikken die nodig is om te beoordelen welke partij het gelijk aan haar zijde heeft. Om tot

58 Van Boom, Tiel en Van der Zalm (2010) benadrukken het context-gebonden karakter van feiten van algemene bekendheid. Wat in kringen van autodealers als een feit van algemene bekendheid kan worden beschouwd, is dat wellicht niet voor de gemiddelde burger.

59 Zie anders R.W.J. Crommelin (2007) p. 144-145 en G. de Groot (2008) p. 146 e.v. Laatstgenoemde stelt op basis van de wetsgeschiedenis dat de toevoeging ‘algemeen’ erop duidt dat het moet gaan om ervaringsregels van algemene bekendheid. Dit is volgens De Groot echter een problematische opvatting omdat ‘het bestaan van een ervaringsregel niet afhankelijk is van een kring waarin de regel bekend is.’ Om die reden komt zij tot de conclusie dat aan de toevoeging ‘algemeen’ geen betekenis toekomt.

60 Zie voor een vergelijkbare benadering Veegens-Korthals Altes-Groen (2005) p. 243-247.

61 Vergelijk G. de Groot (2008) p. 152 e.v.

62 Door de regering werd nog verdedigd dat de rechter zelf de grens trekt tussen ervaringsregels en specialistische kennis, waarbij de inschakeling van deskundigen noodzakelijk is. Zo zou het aan de rechter zijn om te bepalen of zij op het gebied van kansberekening specialistische kennis moet inwinnen of dat zij uit de voeten kan met haar eigen ‘ervaringsregels’ op het gebied van kansberekening, zie Parlementaire geschiedenis nieuw bewijsrecht (1988) p. 85.

63 Voor een beperkte uitleg van algemene kennis (algemene ervaringsregels) is ook gepleit door E.H. Wesseling-Van Gent (1988) p. 1021; G.J. Knijp (2003); Veegens-Korthals Altes-Groen (2005) p. 243; C.H. Beekhuis (1974) p. 36. Op zijn minst dient de rechter, zo is betoogd, partijen vooraf in te lichten dat zij voornemens is eigen wetenschap te gebruiken.

een correcte feitenvaststelling te komen, heeft de rechter in zo'n situatie derhalve de voorlichting van een deskundige nodig.

Er zijn ook feiten waarvan de vaststelling zeker géén specialistische kennis vereist, zoals bijvoorbeeld de feitelijke vaststelling of iemand wel of niet een bepaald telefoongesprek heeft gevoerd, of dat tussen partijen een ontbindende voorwaarde overeengekomen is. De kennis die vereist is voor het vaststellen van dergelijke feiten, is kennis waarover de rechter, net als een gemiddeld ander mens met voldoende gezond verstand, zelf beschikt. De rechter zal dan geen deskundige inschakelen, maar aan de hand van de bijgebrachte bewijsmiddelen én op basis van haar eigen kennis – als de 'lijm' in de bewijsredenering, vergelijk paragraaf 5.3 – een bewijsbeslissing nemen.

Maar tussen deze uitersten ligt een groot grijs gebied, waarin het niet zo eenvoudig is om uit te maken of wel of niet deskundige kennis is vereist. Heeft de rechter specialistische kennis nodig om vast te stellen of sprake is van een naar behoren uitgevoerde laserbehandeling tegen overbeharing of voor de vaststelling dat de bank bij het uitvoeren van financiële transacties heeft voldaan aan de op haar rustende zorgplicht? Hierover is discussie mogelijk, waarbij te bedenken is dat er een algemene tendens is om steeds méér terreinen van kennis als specialistisch te kwalificeren.<sup>64</sup> Een probleem hierbij is wederom de *deskundigenparadox*: hoe kan de rechter over voldoende kennis beschikken om te beoordelen of specialistische kennis is vereist?<sup>65</sup> Het oordeel van de rechter over de vraag of specialistische kennis vereist is, is hierdoor naar zijn aard gebrekkig.

Zoals in de inleiding al is opgemerkt, heeft het echter weinig zin om lang stil te staan bij het gegeven dat de rechter niet over specialistische kennis beschikt en daardoor beperkt is bij de inschatting van de noodzaak om gebruik te maken van specialistische kennis. Wat wel zin heeft, is na te gaan hoe voorkomen kan worden dat de rechter ten onrechte de inschakeling van een deskundige achterwege laat. Hierbij is een belangrijke taak weggelegd voor partijen. Partijen moeten argumenten aandragen waarom de vaststelling van bepaalde feiten wel of niet specialistische kennis vereist. Het meest voor de hand liggende middel dat zij hierbij hebben, is het inbrengen van een eigen, partijdeskundigenbericht. Wanneer een of beide partijen dat doen, zal de rechter in de meeste gevallen tot de conclusie komen dat specialistische kennis is vereist. Het in het geding gebrachte partijdeskundigenbericht zal immers zelf specialistische kennis bevatten, zodat de rechter, wanneer de inhoud van het partijdeskundigenbericht door de wederpartij wordt weersproken, niet in staat is zich daarover een oordeel te vormen en zelf zal moeten overgaan tot het inwinnen van een deskundigenbericht.

Hieruit moet echter niet de conclusie worden getrokken dat wanneer partijen geen eigen partijdeskundigenbericht inbrengen, er dús geen aanleiding is voor de

64 Vergelijk Rienk Vermij (2002) p. 9 e.v.; J.F. Nijboer (2009) p. 41.

65 Vergelijk Danièle Bourcier en Monique de Bonis (1999) p. 45 e.v.

rechter om een deskundigenbericht in te winnen. Het is aannemelijk dat dit in de praktijk wel een vaak gebruikte afwijzingsgrond is: er is geen partijdeskundigenbericht ingebracht; daardoor heeft een partij haar stellingen onvoldoende onderbouwd en dus wordt de vordering afgewezen. Een reden voor de afwijzende rechterlijke beslissing is dan ‘*dat een deskundigenbericht er niet toe dient om een partij van een deugdelijke onderbouwing van zijn stellingen te voorzien*’. Met een dergelijke redenering blijft de rechter steken in de tweede fase van feitenvaststelling en beperkt zij zich tot een oneigenlijke bewijsbeslissing, dat wil zeggen een analyse van de argumenten van partijen (vergelijk paragraaf 1.5.2 en 3.4).

Aan deze benadering kleven echter aanzienlijke nadelen. Niet alleen omdat partijen er vaak op rekenen dat de rechter een deskundige inschakelt en om die reden afzien van het inbrengen van een eigen, partijdeskundigenbericht. Uiteenlopende verwachtingspatronen van rechter en partijen en wederzijdse onduidelijkheid daarover leiden er dan toe dat aan een bewijsbeslissing in eigenlijke zin niet wordt toegekomen en de waarheidsvinding het onderspit delft. De eis dat partijen eerst een partijdeskundigenbericht inbrengen, kan ook leiden tot strijd met het beginsel van *equality of arms*.<sup>66</sup> Zo vergt het uitbrengen van een deskundigenbericht soms de medewerking van de wederpartij; als deze dat weigert, staat een partij met lege handen.<sup>67</sup> Het inwinnen van een partijdeskundigheid kan ook hoge kosten met zich meebrengen, waardoor een partij met beperkte financiële middelen in de problemen komt; ook dit kan leiden tot een ongelijke procespositie van partijen. Verder heeft het ook iets merkwaardigs dat eerst beide partijen kosten moeten maken voor het inbrengen van een eigen partijdeskundigenbericht, met als enige resultaat dat de rechter vervolgens zelf een eigen, inmiddels het derde, deskundigenbericht gaat inwinnen. De verliezende partij zal zo de kosten van drie deskundigenberichten moeten betalen. Het is dan ook maar de vraag of ‘idealiter’ zowel de rechter als beide partijen afzonderlijk zich door een deskundige zouden moeten laten bijstaan.<sup>68</sup>

Wanneer een van partijen verzoekt om het inwinnen van een deskundigenbericht, én de rechter meent dat deskundigeninbreng de feiten tot helderheid zou brengen (terwijl de kosten daarvan opwegen tegen het belang van de zaak), ligt het voor de hand dat de rechter met partijen in overleg treedt over de verdere gang van zaken. Indien een partij – doorgaans zal dat de eisende partij zijn – bereid is vooralsnog de kosten voor de inschakeling van een deskundige voor haar reke-

66 Zie Neil Andrews (2003) p. 741. Vergelijk hierover ook B. van den Berg (1999) p. 378 e.v.

67 Een partij is niet verplicht om mee te werken aan een rapport dat wordt opgesteld door een partijdeskundige, maar wel aan een onderzoek van een door de rechter benoemde deskundige. Wanneer zij dit weigert, kan de rechter daaraan de gevolgtrekking verbinden ‘die zij geraden acht’ (art. 198 lid 3 Rv). Zie over deze situatie A-G Langemeijer onder punt 2.22 van zijn conclusie voor HR 15 februari 2008, NJ 2008, 106.

68 Zoals gesteld wordt door R.R. Verkerk (2007) p. 494.



ning te nemen, is er geen goede reden voor de rechter om daartoe niet over te gaan.<sup>69</sup> De onderbouwing van de stellingen van een partij met een eigen partij-deskundigenbericht is dan overbodig.<sup>70</sup>

## 7.6 Een vrije waardering van het deskundigenbericht?

Volgens het in de wet neergelegde uitgangspunt van de vrije bewijswaardering, waarbij de rechter de vrijheid heeft om naar eigen inzicht de bewijskracht van een bewijsmiddel te bepalen, zou de rechter naar eigen inzicht de bewijskracht van een deskundigenbericht kunnen bepalen. In de literatuur wordt regelmatig gesuggereerd dat dit inderdaad het geval is. Voor deskundigenberichten wordt immers geen wettelijke uitzondering gemaakt op de leer van de vrije bewijswaardering.

Toch is het de vraag of het juist is om bij de waardering van een deskundigenbericht als startpunt te nemen dat de rechter naar eigen inzicht de bewijskracht van het deskundigenbericht mag bepalen. Weliswaar lijdt het geen twijfel dat de rechter niet *verplicht* is de opvattingen van de deskundige over te nemen. De rechter houdt altijd haar eigen verantwoordelijkheid voor het vaststellen van de feiten en mag die niet delegeren naar de deskundige.<sup>71</sup> Zie in deze zin ook de wetsgeschiedenis:

*“Het aan een deskundigenverhoor te ontlelen bewijs zal uiteraard niet dwingend zijn: van een deskundig oordeel moet de rechter zo nodig kunnen afwijken. De commissie wil dit gaarne uitdrukkelijk voorop stellen, omdat de bevoegdheid tot het afwijken van een deskundig oordeel door niet-deskundige personen, op zich zelf niet voor de hand ligt. Dat hier deze bevoegdheid toch bestaat, houdt volgens de commissie verband met het wezen van de rechtspraak, waarbij het juist gaat om het oordeel van de rechter, die de hem opgedragen taak niet mag delegeren aan anderen maar hoogstens bevoegd is anderen bij zijn oordeelsvorming te betrekken.”*<sup>72</sup>

Wanneer de rechter niet zou vasthouden aan haar eigen eindverantwoordelijkheid voor de feitenvaststelling, zou de deskundige een soort pseudo-rechter worden, die in de plaats van de rechter beslissingen neemt over de feiten. Dit is een ongewenste situatie, zoals ook beslist is door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens.<sup>73</sup>

Daarmee is echter niet gezegd dat de rechter naar eigen inzicht aan het deskundigenrapport gewicht kan toekennen voor de bewijsbeslissing, zoals dat het geval

69 Het voorschot voor de werkzaamheden zal in het algemeen door de eisende partij moeten worden voldaan; de uiteindelijke kosten worden gedragen door de partij die de procedure verliest.

70 Wat uiteraard niet wil zeggen dat een partij haar stellingen in het geheel niet hoeft te onderbouwen.

71 Vóór de invoering van de Code de Procédure Civil in 1806, was dat wel het geval. Zie hierover G. de Groot (2008) p. 393-394. Vergelijk voorts R. van Boneval Faure (1893) p. 64 e.v.

72 Parlementaire geschiedenis nieuw bewijsrecht (1988) p. 316.

73 EHRM 18 maart 1997, NJ 1998, 278 m.nt. H.J. Snijders (Mantovanelli/Frankrijk).

is bij de waardering van getuigenverklaringen. Dit blijkt uit de rechtspraak van de Hoge Raad. Volgens die rechtspraak vergt het *volgen* door de rechter van de bevindingen van de deskundige in de regel geen verdere motivering. De rechter kan dan volstaan met de overweging ‘dat zij zich verenigt met de bevindingen van de deskundige’.<sup>74</sup> Maar de zaken liggen anders wanneer de rechter *afwijkt* van de bevindingen van de deskundige. Over het afwijken van een deskundigenbericht overwoog de Hoge Raad het volgende:

*“Indien de rechter in een geval als hier bedoeld – waarin partijen, door zich te beroepen op de uiteenlopende zienswijzen van de door haar geraadpleegde deskundigen, voldoende gemotiveerde standpunten hebben ingenomen en voldoende duidelijk hebben aangegeven waarom zij het oordeel van de door de rechter benoemde deskundige al dan niet aanvaardbaar achten – de zienswijze van de door hem benoemde deskundige niet volgt, dient hij in beginsel zijn oordeel van een zodanige motivering te voorzien, dat deze voldoende inzicht geeft in de daaraan ten grondslag liggende gedachtegang om deze zowel voor partijen als voor derden, daaronder begrepen de hogere rechter, controleerbaar en aanvaardbaar te maken.”*<sup>75</sup>

Op het eerste gezicht lijkt de rechter hier de vrijheid te krijgen desgewenst te kunnen afwijken van het ingewonnen deskundigenbericht. Bij nadere beschouwing worden echter hoge eisen gesteld aan de beslissing tot afwijking. Doordat gevergd wordt dat de rechter ‘inzicht geeft in de daaraan ten grondslag liggende gedachtegang’, moet de rechter een *inhoudelijke* motivering geven voor de beslissing om de bevindingen van de deskundige niet te volgen. Het zal echter zeer moeilijk zijn voor de rechter om zelf, als niet-deskundige, steekhoudende argumenten te formuleren die tot afwijking van het deskundigenbericht leiden.<sup>76</sup> De vraag is zelfs of de rechter dat kan *zonder* opnieuw een deskundigenbericht in te winnen. De realiteit is dan ook dat het uitermate lastig is voor de rechter om af te wijken van een deskundigenbericht, ook wanneer zij twijfelt over de juistheid daarvan. De Groot concludeert dan ook het volgende:

*“(...) de rechter wordt door de rechtspraak van de Hoge Raad over de nadere motiveringsplicht van de beslissing na deskundigenadvies niet gestimuleerd om zich zoveel mogelijk een eigen oordeel te vormen over de juistheid van een deskundigenadvies.”*<sup>77</sup>

74 Zie bijvoorbeeld HR 16 april 1999, NJ 1999, 666 m.nt. P. Clausing.

75 HR 5 december 2003, NJ 2004, 74.

76 Vergelijk ook HR 8 september 2006, NJ 2006, 493. Een opvallend voorbeeld biedt voorts HR 24 december 2010, LJN BO3528.

77 G. de Groot (2008) p. 421. Zie ook R.R. Verkerk (2007) p. 500, die de bevindingen van de deskundige een ‘doorslaggevend bewijsmiddel’ noemt. Vergelijk voorts R. Schellaars in zijn noot bij HR 5 december 2003, JPBr 2004, 29.

De vraag is echter of dit niet een onontkoombaar en ook *terecht* gevolg is van de inschakeling van een deskundige door de rechter. De rechter schakelt een deskundige in omdat haar de deskundige kennis ontbreekt om bepaalde feiten vast te stellen; vanwege het ontbreken van die kennis mag ervan worden uitgegaan dat de rechter in beginsel de inhoud van het deskundigenbericht volgt. Daarmee is er een goede reden voor de rechter om, als uitgangspunt, de bevindingen van de deskundige over te nemen.

Dit betekent ook dat er geen ruimte is voor de toetsing van de bevindingen van de deskundige aan de *rechterlijke overtuiging*. In het oude recht was de rechterlijke overtuiging als toetssteen voor het deskundigenbericht neergelegd (art. 236 Rv-oud):<sup>78</sup>

*“De rechter is in geen geval verplicht het door de deskundigen geuite gevoelen te volgen, indien zijn overtuiging daartegen strijdt.”*

Al eerder, in paragraaf 6.3, is gewezen op de problemen die kleven aan het gebruik van de rechterlijke of innerlijke overtuiging bij de bewijswaardering. Niet alleen verwijst dit begrip in de grond naar de louter subjectieve opvatting of intuïtie van een individuele rechter over de bewijskracht van een bepaald bewijsmiddel. Hierbij komt dat de innerlijke overtuiging van de rechter geen ondubbelzinnige betekenis heeft en zowel betrekking kan hebben op het criterium bij de bewijswaardering als op de te hanteren bewijswaarderingsmaatstaf.

Speciaal voor het deskundigenbericht geldt bovendien dat moeilijk is in te zien hoe de rechter een overtuiging van de juistheid van het advies van de deskundige zou kunnen verkrijgen. Voor wat betreft de waardering van de verklaring van een getuige is op zich zelf nog iets voor te stellen bij de overtuiging van de rechter (zij het dat daarvan in paragraaf 6.3 afstand is genomen): de rechter heeft het *gevoel* dat de getuige naar waarheid een verklaring aflegt. Dit kan echter niet verdedigd worden voor de waardering van het deskundigenbericht. Vergelijk hierover ook Hamaker:

*“Indien, om een voorbeeld te nemen, in een proces als feit gesteld wordt, dat de gedaagde, een architect, slecht gebouwd heeft, en de rechter, die dit punt niet beoordeelen kan, het advies van deskundigen inwint, die verklaren dat er slecht gebouwd is, met het gevolg da de rechter het feit als vaststaand aanneemt, waarom, op welke grond, doet hij dit dan? Het antwoord moet weer zijn: op het gezag der deskundigen, niet op grond van eigen overtuiging. Denkbaar is het, dat de rechter door de redeneering der experts overtuigd wordt, maar in de meeste gevallen zal dit niet zoo wezen, en zal hij toch over de technische quastie het hoofd eenvoudig niet vermoeien. Het is*

78 Zie hierover bijvoorbeeld Star Busmann-Rutten-Ariëns (1972) p. 260.

*hem genoeg, dat hij in het bericht het ernstig werk voor zich heeft van bekwame deskundigen.*<sup>79</sup>

Voor de rechterlijke overtuiging is derhalve geen plaats bij de rechterlijke beoordeling van een deskundigenbericht. De rechter zal in beginsel moeten afgaan op de inhoud van het deskundigenbericht. Voorwaarde hiervoor is wel, zoals ook in de inleiding al is vermeld, dat de rechter erop moet kunnen vertrouwen dat het deskundigenbericht inhoudelijk correct is.

Hiermee is aan de orde hoe de rechter er voor kan zorgen dat het deskundigenbericht inhoudelijk correct is, zodat het een positieve bijdrage kan leveren aan de waarheidsvinding. Dit zal onderwerp zijn van de paragrafen 7.7 en 7.8.

### 7.7 De persoon van de deskundige

In paragraaf 7.2 is er al op gewezen dat het deskundigenbericht als bron voor waarheidsvinding voor de rechter gelijk te stellen is aan een getuigenverklaring. Beide zijn een vorm van *testimony*, waarbij de rechter een verklaring van een ander gebruikt als ingrediënt bij de bewijsbeslissing.

Aan het deskundigenbericht kleeft echter in veel mindere mate het probleem dat de betrouwbaarheid van de verklaring niet kan worden vastgesteld. Anders dan bij de getuige is er geen reden voor de rechter om als *uitgangspunt* te nemen dat de deskundige, wanneer deze door de rechter is benoemd, allerlei redenen kan hebben om geen waarheidsgetrouwe verklaring af te leggen. De belangrijkste reden hiervoor is dat de deskundige niet wordt aangezocht vanwege zijn betrokkenheid bij partijen of de procedure en de daardoor verkregen kennis, zoals dat in veel gevallen voor de getuige geldt. Integendeel, een belangrijk criterium bij de keuze van de deskundige is juist dat hij *niet* betrokken is bij partijen of de procedure. Bovendien moet hij natuurlijk beschikken over de deskundigheid die in het specifieke geval is vereist.

De implicatie hiervan is dat het accent bij de beoordeling van een deskundigenbericht anders ligt dan bij de waardering van getuigenbewijs. Waar het bij het getuigenbewijs draait om de beoordeling van de *inhoud* van de verklaring van de getuige en de persoon van de getuige minder ter zake doet (zie met name paragraaf 6.6.5), is bij de beoordeling van een deskundigenbericht primair van belang de *persoon van de deskundige*.<sup>80</sup> Het hangt immers van de persoon van de deskundige af of vertrouwd kan worden op de juistheid van het door hem uitgebrachte advies: is deze deskundige onpartijdig en beschikt deze deskundige inderdaad over de vereiste specialistische kennis. Het vertrouwen in de waarheidsgetrouwheid van

79 H.J. Hamaker (1912) p. 92. Overigens was Hamaker van mening dat de in het citaat verwoorde opvatting ook gold voor de waardering van getuigenbewijs.

80 Vergelijk ook A-G Knigge onder punt 3.6.7 van zijn conclusie voor HR 7 oktober 2008, NJ 2009, 44.

de rapportage van de deskundige wordt dus in belangrijke mate bepaald door de persoon van de deskundige. Vergelijk ook de wetsgeschiedenis:

*“De keuze en benoeming van deze personen door de rechter houdt immers in beginsel in dat althans bij de rechter het vertrouwen bestaat dat deze deskundigen hun taak naar beste weten en onpartijdig zullen vervullen. Dit vertrouwen vormt dan ook de basis van de beslissing welke de rechter uiteindelijk aan de hand van het deskundigenbericht omtrent de betreffende geschilpunten heeft te nemen (...)”*<sup>81</sup>

Met andere woorden: de keuze van de deskundige is in belangrijke mate bepalend voor de vraag of de rechter kan afgaan op de inhoudelijke correctheid van het deskundigenbericht. Een juiste keuze van de deskundige is daarmee in het belang van waarheidsvinding.<sup>82</sup>

Wanneer de persoon van de deskundige zo belangrijk is, komt daarmee de vraag centraal te staan *welke deskundige* de rechter moet benoemen. De rechter heeft hierbij twee ijkpunten: is de deskundige onafhankelijk en onpartijdig (*sincerity dimension*), en is de deskundige deskundig (*competence dimension*). Beide ijkpunten zijn terug te vinden in art. 198 lid 1 Rv: de deskundige is verplicht de opdracht onpartijdig en naar beste weten te volbrengen.

Geconstateerd moet worden dat het huidige recht tekortschiet bij het aanbieden van een processueel en inhoudelijk toetsingskader voor de rechter om aan deze ijkpunten te toetsen. De rechtspraak komt neer op een ‘handelen naar bevind van zaken’, zoals De Groot het treffend uitdrukt, en geeft veel vrijheid aan de rechter zonder dat voldoende recht wordt gedaan aan de belangen van partijen.<sup>83</sup> Meer procedurele waarborgen bij de keuze van de deskundige zijn echter niet alleen in het belang van partijen, maar ook – en daar gaat het hier vooral om – in het belang van de waarheidsvinding. Wanneer de rechter aan haar beslissing een deskundigenbericht ten grondslag legt dat, bijvoorbeeld, is opgesteld door een deskundige die banden blijkt te hebben met de verzekeraar van een der partijen, kan niet meer als uitgangspunt worden genomen dat de rechter mag vertrouwen op de juistheid van het deskundigenbericht. Wanneer hieraan geen aandacht wordt besteed, kan dit ertoe leiden dat de rechter op basis van het deskundigenbericht tot een niet-correcte vaststelling van de feiten komt. Er is daarom alle reden om na te gaan op welke wijze bereikt kan worden dat de rechter een goede keuze maakt bij de benoeming van een deskundige.

81 Parlementaire geschiedenis nieuw bewijsrecht (1988) p. 334.

82 Ook in het strafrecht is dit een belangrijk aandachtspunt. De op 1 januari 2010 ingevoerde Wet deskundige in strafzaken en het daarop gebaseerde Besluit houdende instelling van het Nederlands register gerechtelijk deskundigen en kwaliteitseisen aan deskundigen in strafzaken (Staatsblad 2009, 330) moet onder meer voorzien in een betere kwaliteit van deskundigen die in een strafprocedure optreden.

83 G. de Groot (2008) p. 234.

### 7.7.1 De onpartijdigheid van de deskundige

Voor de *onpartijdigheid* van de deskundige geldt dat het in eerste instantie partijen zelf zijn die daarop het meeste zicht hebben. Partijen kunnen weten of de te benoemen deskundige misschien al eerder, buiten de procedure om, door een partij is benaderd of dat de deskundige op een andere wijze persoonlijk of zakelijk betrokken is bij een partij of bij het geschil. Mede om deze reden moet de rechter de benoeming van een deskundige altijd eerst aan partijen voorleggen (art. 194 lid 2 Rv), zodat zij kunnen beoordelen of een dergelijk situatie zich voordoet.

Cruciaal hierbij is echter dat partijen een goed inzicht hebben in de antecedenten van de deskundige; een partij moet wel voldoende informatie hebben om zich een mening te kunnen vormen over de onpartijdigheid van de deskundige. De huidige regels verplichten de deskundige echter niet deze aan partijen en de rechter te verschaffen. Dit kan ertoe leiden dat partijen pas ná de benoeming van de deskundige ontdekken dat er redenen zijn om te twijfelen aan de onpartijdigheid van de betrokkene.

Een belangrijke aanvulling op de huidige praktijk zou dan ook zijn, zoals door onder meer De Groot is bepleit, de deskundige te verplichten om voor zijn benoeming een *disclosure statement* te verschaffen.<sup>84</sup> Hieruit moet blijken wat de achtergrond van de deskundige is: waar hij werkt, welke nevenbetrekkingen hij heeft en welke werkgevers hij in het verleden heeft gehad. Voorts dienen in het *disclosure statement* de opleiding en eventuele wetenschappelijke publicaties van de deskundige te zijn vermeld. Aan de hand van het *disclosure statement* zijn partijen beter in staat te beoordelen of er aanleiding is om te twijfelen aan de onpartijdigheid van de deskundige.

Als partijen het erover eens zijn dat een bepaalde deskundige onafhankelijk is te achten, ligt het voor de hand dat de rechter hun voorstel volgt. Het is niet goed te begrijpen dat in het huidige recht de rechter de vrijheid heeft om bij de benoeming van een deskundige af te wijken van een gezamenlijke voordracht van partijen. De rechter zou een eenstemmige voordracht van partijen van een bepaalde deskundige juist moeten volgen. Dit is ook het uitgangspunt in de ALI/Unidroit Principles (Principle 22.4):

*“If the parties agree upon an expert the court ordinarily should appoint that expert.”*<sup>85</sup>

Als *beide* partijen het eens zijn over de te benoemen deskundige, zal dit in het algemeen een basis bieden voor vertrouwen in de onpartijdigheid van de deskundige.

84 G. de Groot (2008) p. 235-236 en p. 451. De Groot vermeldt ook verschillende casuïstiek waarin twijfel aan de onpartijdigheid van de deskundige aan de orde is, p. 218-233. Zie over een disclosure statement voor deskundigen voorts J.L. Smeehuyzen (2003) en Chr. H. van Dijk (2008).

85 ALI/Unidroit Principles of Transnational Civil Procedure (2004).

Wanneer tussen partijen in debat is of de voorgestelde deskundige onpartijdig is, zal de rechter zelf moeten beoordelen of er redenen om te twijfelen aan de onpartijdigheid van de deskundige. De rechter zal dan gemotiveerd moeten beslissen op de bezwaren van partijen. De Groot brengt naar voren dat, anders dan thans praktijk is, de rechter hier een ‘zichtbaar toetsingskader’ moet hanteren. Zij formuleert dit toetsingskader, mede aan de hand van rechtspraak van het EHRM, als volgt:

*“(...) is de vrees van een partij dat een deskundige partijdig is, objectief gerechtvaardigd op grond van door de wederpartij of de deskundige niet weersproken dan wel na betwisting aannemelijk geworden feiten of omstandigheden.”*<sup>86</sup>

Deze toetsingsnorm dwingt de rechter expliciet onder ogen te zien of de bezwaren van een partij tegen de benoeming van een bepaalde deskundige terecht zijn en daaraan niet lichtvaardig voorbij te gaan. Zoals gezegd, voorziet een zorgvuldig selectieproces van de deskundige – en het zoveel mogelijk uitsluiten van de mogelijkheid van partijdigheid van de deskundige – in de basis om later te vertrouwen op de inhoudelijke juistheid van de rapportage van de deskundige.

De door De Groot voorgestelde toetsingsnorm voorziet in het horen van de deskundige over de bezwaren van een partij tegen diens benoeming.<sup>87</sup> Daarmee komt de wijze van toetsing dicht in de buurt van een *wrakingsregeling* van de deskundige. Tot 1923 voorzag de wet ook in zo’n regeling; tegelijk met de afschaffing van de mogelijkheid van wraking van getuigen is deze echter afgeschaft (vergelijk paragraaf 6.2). De reden voor afschaffing van de mogelijkheid om getuigen te wraken was, zoals besproken in paragraaf 6.2, het belang van waarheidsvinding: dat belang vergt dat de rechter maximale vrijheid heeft bij het horen van getuigen. Een mogelijke belangenverstrengeling van de getuige moet zijn weerslag krijgen bij de waardering van de getuigenverklaring en niet door het bij voorbaat uitsluiten van de getuige. In deze zelfde lijn werd ook de mogelijkheid om deskundigen te wraken uit de wet geschrapt. Daarbij meende men dat de destijds geldende regel dat de rechter een gezamenlijke voordracht van partijen voor een deskundige diende over te nemen én de beëdiging van de deskundige, voldoende waarborg was voor de onpartijdigheid van de deskundige.<sup>88</sup>

De kwestie van een mogelijk gebrek aan onpartijdigheid van de deskundige kan echter niet op één lijn worden gesteld met een mogelijk gebrek aan onpartijdigheid van een getuige. De reden hiervoor is, zoals als uitgangspunt in deze paragraaf is geformuleerd, dat de waarheidsgetrouwheid van de verklaring van een deskundige

<sup>86</sup> G. de Groot (2008) p. 234.

<sup>87</sup> Toe te voegen is nog dat de rechter bij het oordeel over de vraag of een deskundige partijdig is, ook de *schijn* van partijdigheid zou moeten betrekken. Als daarvan sprake is, is dat voldoende reden om de betreffende deskundige niet te benoemen.

<sup>88</sup> Zie hierover G. de Groot (2008) p. 215-216; F.G. Scheltema (1939) p. 460-461.

in belangrijke mate wordt ontleend aan de *persoon* van de deskundige, terwijl de waarheidsgetrouwheid van de verklaring van een getuige berust op de *inhoud* van diens verklaring. Juist hierom is er alle reden om juist wél de persoon van de deskundige centraal te stellen. Bovendien kan uitsluiting van een bepaalde getuige wegens een mogelijk gebrek aan onpartijdigheid (door middel van een algemeen verbod om te getuigen of door honorering van een wrakingsverzoek, vergelijk paragraaf 6.2) betekenen dat een partij géén bewijs door middel van getuigen zal kunnen bijbrengen; een getuige kan niet zomaar vervangen worden door een andere getuige. Een partij kan hierdoor in bewijsnood komen. Uitsluiting van een bepaalde deskundige heeft echter slechts tot gevolg dat een andere deskundige moet worden aangezocht; een deskundige kan juist wél worden vervangen door een andere deskundige.<sup>89</sup> Een deskundige heeft, anders dan de getuige, ook niet de *plicht* om zijn benoeming te aanvaarden.<sup>90</sup>

Dit pleit ervoor, zoals ook De Groot betoogt, om over te gaan tot herinvoering van een wrakingsregeling voor de deskundige.<sup>91</sup> Een dergelijke regeling bestaat in veel landen en fungeert daar, zoals De Groot het omschrijft, als tegenhanger voor de dominante rol van de rechter bij de benoeming van een deskundige.<sup>92</sup>

### 7.7.2 De deskundigheid van de deskundige

Tussen partijen bestaat regelmatig discussie over de vraag of een deskundige inderdaad deskundig is inzake de kwesties die aan de orde zijn. De rechterlijke beoordeling van de deskundigheid van de deskundige ligt echter een stuk lastiger dan de beoordeling van de onpartijdigheid van de deskundige. Het probleem waarmee de rechter hier geconfronteerd wordt, is dat zij in veel gevallen over onvoldoende kennis beschikt om te beoordelen welke deskundige deskundig is. Dit is één van de wijzen waarop de in de inleiding van dit hoofdstuk aangeduide kennisparadox zich manifesteert.

De laatste jaren is er in de rechtspraktijk steeds meer aandacht gekomen voor het probleem waarvoor de rechter hier staat. Dit heeft geresulteerd in onder meer de ontwikkeling van een *Leidraad deskundigen in civiele zaken* en een *Deskundigen-index*.<sup>93</sup> Idealiter zou een deskundigenindex moeten voorzien in een register van deskundigen, waarbij opname in dit register een garantie is voor de rechter dat de betreffende deskundige over bepaalde expertise beschikt. De huidige Deskun-

89 Zij het dat soms het probleem zich voordoet dat de deskundigen 'op' zijn.

90 Art. 194 lid 4 Rv: een deskundige kan afzien van aanvaarding van zijn benoeming. Zie daartegenover art. 165 Rv: een getuige is verplicht te getuigen.

91 G. de Groot (2008) p. 451. Zie idem R.R. Verkerk (2007) p. 496.

92 G. de Groot (2008) p. 450. Zie voor rechtsvergelijkende gegevens over het wraken van deskundigen in België, Duitsland, Frankrijk, Oostenrijk en Zwitserland eveneens G. de Groot (2008).

93 Beide zijn te vinden op de website [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl). Zie over deze ontwikkelingen G. de Groot en A.J. Akkermans (2007).



digenindex kent echter geen kwaliteitsbewaking, zodat die garantie er niet is. Een goed systeem voor de registratie van deskundigen laat nog op zich wachten.<sup>94</sup>

De eerder genoemde mogelijkheid van een *disclosure statement* door de deskundige biedt voorlopig meer houvast. De hierin verschaft informatie heeft niet alleen betrekking op de beoordeling van de onpartijdigheid van de deskundige, maar ook op zijn deskundigheid. Informatie over werkervaring, opleiding en publicaties van de deskundige kan partijen en de rechter houvast geven bij de beoordeling van de expertise van de betrokkene.

Het is te verwachten dat op deze manier verheldering kan plaatsvinden van discussies over de vraag of een deskundige beschikt over de in een concreet geval vereiste specifieke expertise. Zo nodig zou de rechter voorafgaand aan de benoeming van een deskundige, een zitting kunnen beleggen waarbij zowel partijen als de beoogde deskundige aanwezig zijn. Door expliciet aan de orde te stellen of de beoogde deskundige over de vereiste expertise beschikt en partijen hierover te laten discussiëren, is de rechter beter in staat een beslissing te nemen. Nog beter is het wanneer bereikt kan worden dat beide partijen zich kunnen vinden in de te benoemen deskundige. Zoals hiervoor ook al is opgemerkt, dient de rechter bij overeenstemming tussen partijen over de te benoemen deskundige, over te gaan tot benoeming van die deskundige.

Wanneer partijen niet tot overeenstemming kunnen komen, zou de rechter ook op dit punt gebruik moeten maken van – een variant op – het in paragraaf 7.7.1 voorgestelde toetsingskader:

*(...) is de vrees van een partij dat een deskundige niet deskundig is, objectief gerechtvaardigd op grond van door de wederpartij of de deskundige niet weersproken dan wel na betwisting aannemelijk geworden feiten of omstandigheden.*

De rechter wordt daarmee, anders dan nu het geval is, gedwongen gemotiveerd te beslissen op serieuze vraagtekens van een partij bij de benoeming van een bepaalde deskundige.<sup>95</sup>

In sommige gevallen moet een *disclosure statement* ook duidelijkheid geven over de positie die de deskundige inneemt in een bepaald wetenschappelijk debat. Dit is relevant wanneer de deskundige moet verklaren over controversiële onderwerpen, zoals in de letselschadepraktijk het post-whiplash-syndroom of de vermoeidheidsziekte (ME). Ook op andere terreinen kan sprake zijn van wetenschappelijke controverses, bijvoorbeeld de milieueffecten van gasboringen of de te verwachten snelheid van stijging van de zeespiegel. Wanneer een deskundige zeer uitgesproken tot een bepaald ‘kamp’ behoort, zal dit leiden tot bezwaren bij een van partijen tegen de benoeming van de betrokken deskundige. Om te kunnen inschatten of

94 Hiervoor moet wellicht, naar Engels voorbeeld, een ‘Academy of Experts’ worden opgezet. Zie I.N. Tzankova (2003).

95 Zoals bijvoorbeeld aan de orde in HR 31 mei 1991, NJ 1991, 524.

de bezwaren terecht zijn, moet de rechter inzicht hebben in de ‘*ranges of opinion*’ op het betreffende vakgebied en wat de positie is die de aan te zoeken deskundige daarin inneemt. Door Akkermans en Smeehuijzen zijn, toegespitst op het inwinnen van medische expertise in letselschadezaken, voorstellen gedaan voor de vragen die hiertoe aan de deskundige kunnen worden voorgelegd.<sup>96</sup> Zo kunnen de volgende vragen worden gesteld:

*“2a. Bestaan er over het onderwerp van de expertise medisch wetenschappelijk uiteenlopende opvattingen?”*

*Indien uw antwoord op vraag 2a bevestigend luidt:*

*2b. Kunt u in hoofdlijnen uiteenzetten in welk opzicht de meningen uiteen lopen (voor zover mogelijk met verwijzing naar literatuur)?*

*2c. Welke is uw eigen opvatting?*

*2d. Kunt u aangeven of een deskundige met een andere opvatting in het onderhavige geval tot een ander oordeel was gekomen dan waartoe u komt?*

*2e. Als inderdaad een deskundige met een andere opvatting in het onderhavige geval tot een ander oordeel was gekomen: kunt u aangeven wat dat oordeel zou zijn geweest?”*

De vragen 2d en 2e gaan er vanuit dat de deskundige deze vragen beantwoordt gelijktijdig met zijn deskundigenbericht. Wanneer er discussie is over de vraag welke deskundige benoemd moet worden, heeft het echter de voorkeur de vragen 2a t/m 2c *vooraf* aan de aan te zoeken deskundige voor te leggen, zodat de rechter de hierop van de deskundige verkregen antwoorden al betreft bij de selectie van de deskundige.

Onder ogen moet echter worden gezien dat informatie over de positie die een te benoemen, of al benoemde, deskundige inneemt in een wetenschappelijk discussie, het probleem van de rechter in wezen niet oplost. In de toelichting bij de door Akkermans en Smeehuijzen voorgestelde vraagstelling wordt hierover gesteld dat de antwoorden op de gestelde vragen, de taak van de rechter kunnen verlichten ‘*doordat informatie over de persoon van de deskundige ertoe bijdraagt dat de discussie in sterkere mate kan plaatsvinden op basis van ter zake doende argumenten.*’ Dit kan op zich zelf worden onderschreven, maar de rechter zal wel een richtsnoer nodig hebben om te bepalen welke gevolgtrekkingen dienen te worden verbonden aan bepaalde antwoorden.

Zo rijst de vraag of de rechter een deskundige moet benoemen die, indien sprake is van uiteenlopende wetenschappelijke onderwerpen over een bepaald standpunt, een positie inneemt die afwijkt van de heersende opvattingen; een deskundige dus die een minderheidsstandpunt inneemt. Een volgende vraag is wat de rechter moet doen wanneer er verschillende opvattingen zijn, terwijl voor elke

96 A.J. Akkermans en J.L. Smeehuijzen, Disclosure Statement (versie augustus 2005), te vinden op [www.rechten.vu.nl/iwmd>Projecten>Vraagstellingen>Disclosure-statement](http://www.rechten.vu.nl/iwmd>Projecten>Vraagstellingen>Disclosure-statement). Zie over het voorstel van Akkermans en Smeehuijzen ook Chr.H. van Dijk (2008).

opvatting in wetenschappelijk kring een zekere steun kan worden gevonden. Deze vragen hangen nauw samen met de beoordeling van wetenschappelijke deskundigenberichten, waarop nog nader zal worden ingegaan in paragraaf 7.10.

## 7.8 De vraagstelling aan de deskundige

Niet alleen de persoon van de te benoemen deskundige moet ervoor zorgen dat het deskundigenbericht daadwerkelijk een bijdrage aan de waarheidsvinding levert. Het is minstens zo belangrijk dat de rechter een goede vraagstelling aan de deskundige voorlegt. Een goede vraagstelling is een vraagstelling die het mogelijk maakt dat een zodanig deskundigenbericht wordt uitgebracht dat de rechter op basis daarvan in staat is de feiten op correcte wijze vast te stellen.

In de literatuur wordt erop gewezen dat dit laatste hoe dan ook problematisch is, omdat rechter en deskundigen niet dezelfde taal spreken. Niet alleen heeft de deskundige soms onvoldoende zicht op de juridische inbedding van de vraagstelling; vooral ontbreekt het de rechter ook aan voldoende (wetenschappelijke) kennis om een deskundigenbericht goed te begrijpen. Om die reden is regelmatig bepleit dat de rechter zich schoolt op het gebied van, bijvoorbeeld, medische expertise.<sup>97</sup>

Minstens zo belangrijk als een goed begrip van de deskundigenrapportage is een goed begrip, ook door de rechter zelf, van de vraagstelling die aan de deskundige wordt voorgelegd. In de praktijk blijkt dat een gebrekkige vraagstelling – of: een vraagstelling die door de deskundige anders wordt geïnterpreteerd dan de rechter haar bedoelde – nog al eens de reden is dat een deskundigenbericht niet beantwoordt aan de verwachtingen.<sup>98</sup> In de inleiding is geschetst welke situaties zich hier kunnen voordoen: de antwoorden van de deskundige sluiten niet aan op de vraagstelling, de antwoorden zijn voor meerdere interpretaties vatbaar of het deskundigenbericht sluit niet aan bij de argumenten die partijen in de procedure naar voren hebben gebracht.

Een gebrekkige vraagstelling kan er ook toe leiden dat een deskundigenbericht wordt uitgebracht waarop partijen veel kritiek naar voren brengen, al dan niet gesteund door zelf ingewonnen partijdeskundigenberichten. De reden dat het voor de rechter moeilijk is om een goede vraagstelling te maken, is gelegen in een gebrek aan kennis op het terrein waarop het deskundigenbericht wordt ingewonnen. Hier toont zich wederom een aspect van de *deskundigenparadox*: het opstellen van een vraagstelling vraagt deskundige kennis, waarover de rechter nu juist niet beschikt.

Verondersteld zou kunnen worden dat aan dit probleem tegemoet kan worden gekomen doordat de rechter de vraagstelling eerst in concept aan partijen voorlegt.

97 Zie onder meer Jan Crijns, Patrick van der Meij & Jeroen ten Voorde (2010) p. 533 e.v.; Susan Haack (2005) p. 70-72; Mike Redmayne (1998) 1076-1078. Vergelijk ook A.P.A. Broeders (2010) p. 494 e.v. over het onbegrip van rechters over de conclusies van forensische deskundigenrapportages.

98 Idem A.J. Van (2003) p. 105 e.v. Vergelijk ook G. de Groot (2008) p. 480-482.

Dit is niet wettelijk voorgeschreven, maar wel vaste praktijk. Aanvullende voorstellen van partijen met betrekking tot de concept-vraagstelling vormen echter geen garantie voor een goede vraagstelling; ook partijen en hun raadslieden worden met de deskundigenparadox geconfronteerd. Overigens is het in het algemeen wel aan te bevelen dat de rechter voorstellen voor met name een uitbreiding van de vraagstelling, overneemt.<sup>99</sup> Hiermee wordt het vertrouwen van partijen in het uit te brengen deskundigenbericht vergroot. Tevens wordt de kans verkleind dat de rechter in de vraagstelling zaken over het hoofd ziet.

De beste waarborg tot verbetering van de kwaliteit van de vraagstelling aan de deskundige en om te ontkomen aan de deskundigenparadox, is om al bij de opstelling van de vraagstelling te zorgen voor deskundige inbreng. Dit kan op verschillende manieren worden vormgegeven.

Als het gaat om terreinen waarop bij herhaling – op min of meer vergelijkbare punten – deskundige kennis wordt ingewonnen, kan in nauwe samenwerking tussen juristen en deskundigen, een vraagstelling worden ontwikkeld. Op deze wijze is voor letselschade-zaken een standaard-vraagstelling ontwikkeld.<sup>100</sup> De ervaringen met deze vraagstelling lijken positief; er is minder aanleiding voor misverstanden over en weer. Het zou daarom aanbeveling verdienen dat ook op andere gebieden waar regelmatig vergelijkbare expertise wordt ingewonnen, bijvoorbeeld bij de waardering van bedrijven in het kader van een boedelscheiding, dergelijke standaarden worden ontwikkeld.<sup>101</sup>

Een andere manier om te zorgen voor deskundige inbreng bij het opstellen van de vraagstelling is om de in het concrete geval te benoemen deskundige daarbij te betrekken. Een voorafgaand overleg tussen rechter, partijen en deskundige, in de vorm van een zogenoemde *programmeringscomparitie*, is bepleit bij de invoering van het nieuwe bewijsrecht. Zij is toen niet overgenomen, omdat het de rechter teveel tijd zou kosten.<sup>102</sup> Toch zijn er goede argumenten voor een dergelijke comparitie.<sup>103</sup> Het belangrijkste argument is dat het vanwege het gegeven dat de rechter in beginsel de bevindingen van de deskundige zal overnemen, uiterst belangrijk is om al vóór de benoeming van de deskundige misverstanden en onduidelijkheden te voorkomen. Communicatie tussen rechter en deskundige ná het deskundigenbericht is, hoewel dit uiteraard ook nuttig kan zijn (zie paragraaf 7.9),

99 Aldus G. de Groot (2008) p. 455-456.

100 Door de aan de Vrije Universiteit verbonden Interdisciplinaire Werkgroep Medische Deskundigen. Zie [www.rechten.vu.nl/onderzoek/iwmd/vraagstelling](http://www.rechten.vu.nl/onderzoek/iwmd/vraagstelling). De standaard is toegespitst op causaal verband bij ongeval. Ook in bestuursrechtelijke procedures, bijvoorbeeld WAO-zaken, zijn standaard-vraagstellingen ontwikkeld.

101 Of deze wellicht al bestaan, is mij niet bekend.

102 Parlementaire geschiedenis nieuw bewijsrecht (1988) p. 318 e.v. Vergelijk G. de Groot (2008) p. 132.

103 Een dergelijk mondeling overleg tussen rechter, partijen en deskundige is ook bepleit door B. van den Berg (1999) p. 388.

eigenlijk mosterd na de maaltijd. De deskundige heeft dan zijn conclusies al getrokken en het maken van aanpassingen daarin zal in het algemeen op processuele complicaties stuiten. Wat dat betreft zal een programmeringscomparitie, in aanwezigheid van partijen en eventuele eigen partijdeskundigen, een minstens zo belangrijke rol kunnen vervullen als een comparitie waarop de deskundige zijn rapportage toelicht (art. 194 lid 5 Rv).

Hierbij is te bedenken dat de deskundigenparadox impliceert dat het voor de rechter lastig is om te voorzien dat de vraagstelling bij de deskundige op problemen zal stuiten; pas ná het deskundigenbericht komt dit aan het licht. Daarom zou de rechter in gevallen waar dat nodig is, al vooraf bij de deskundige moeten nagaan of de vraagstelling helder is en kan leiden tot antwoorden waarmee de rechter uit de voeten kan.

Een derde methode om de kwaliteit van de vraagstelling te verbeteren is de vraagstelling eerst aan een deskundige voor te leggen. Dit zou kunnen plaatsvinden door deskundigen als lekenrechters aan de rechtspraak te laten deelnemen. Het resultaat zou in de buurt komen van arbitrale colleges, waarin juristen en inhoudelijke experts tezamen rechtspreken. Een minder ingrijpend voorstel is de rechter de mogelijkheid te geven de vraagstelling eerst voor te leggen aan een expert, bijvoorbeeld iemand die afkomstig is uit de beroepsvereniging van de betrokken deskundigen.

## 7.9 De beoordeling van een deskundigenbericht

In de vorige paragrafen kwam aan de orde dat de rechter bij de beoordeling van een deskundigenbericht in belangrijke mate afgaat op de persoon van de deskundige. Om die reden dient het selectieproces van de deskundige zeer zorgvuldig te verlopen. De rechter moet toetsen of de te benoemen deskundige voldoet aan de eisen van onpartijdigheid en deskundigheid. Vervolgens moet de rechter ervoor zorgen dat de vraagstelling zodanige kwaliteit heeft, dat de antwoorden van de deskundige daarop daadwerkelijk kunnen bijdragen aan de waarheidsvinding.

Een volgende stap moet worden gezet wanneer het deskundigenbericht gereed is. Partijen zullen de gelegenheid krijgen hierover hun mening kenbaar te maken. Vervolgens is het aan de rechter om aan de hand van het deskundigenbericht een *bewijsbeslissing* te nemen.

In hoofdstuk 5 is aangegeven welke ijkpunten voor de bewijsbeslissing gelden, namelijk een toetsing van de beschikbare bewijsmiddelen op relevantie, kwaliteit, reikwijdte en alternatieve hypothese. Aan de hand van deze vier ijkpunten is in hoofdstuk 6 een voorstel gedaan voor vier toetsingscriteria die de rechter kan gebruiken om een inschatting te maken van de waarheidsgetrouwheid van getuigenverklaringen: relevantie, consistentie, kwaliteit en coherentie. Deze zelfde criteria kunnen ook gebruikt worden bij de beoordeling van een deskundigenbericht.

Aan het criterium van *relevantie* zal een deskundigenbericht in de regel voldoen. De rechter heeft immers al beslist dat het voor het nemen van een bewijsbeslissing,

noodzakelijk is dat een deskundigenbericht wordt ingewonnen. De aan de deskundige voorgelegde vraagstelling is, als het goed is, toegespitst op precies die elementen die de rechter nodig heeft voor een bewijsbeslissing. Wanneer de deskundige deze vraagstelling beantwoordt, mag worden aangenomen dat het deskundigenbericht relevant is voor de bewijsbeslissing. In het geval dat de deskundige géén antwoord geeft op de vraagstelling of, zoals soms voorkomt, bepaalde vragen onbeantwoord laat, is – gedeeltelijk – niet voldaan aan het vereiste van relevantie. De rechter dient daarom altijd na te gaan of het deskundigenbericht alle aspecten van de vraagstelling heeft behandeld.<sup>104</sup>

Voor het criterium van *kwaliteit* geldt het volgende. Een deskundigenbericht is in beginsel een kwalitatief hoogwaardig bewijsmiddel, omdat de daarin vervatte verklaring afkomstig is van een persoon die verondersteld wordt onpartijdig en deskundig te zijn. Dit is een essentieel verschil met de getuigenverklaring; vergelijk hierover paragraaf 6.6.3. De belangrijkste waarborg voor de kwaliteit van een deskundigenbericht is daarom een zorgvuldig selectieproces, zodat verzekerd is dat de deskundige in een concreet geval inderdaad onpartijdig en deskundig is, zoals in de vorige paragraaf is behandeld. Met andere woorden, de kwaliteit van het deskundigenbericht wordt in belangrijke mate ingevuld door het voldoen van de persoon van de deskundige aan de eisen van onpartijdigheid en deskundigheid. Bovendien moet de rechter een goede vraagstelling voorleggen aan de deskundige.

Dit laat onverlet dat de rechter zich ook een inhoudelijk oordeel zal moeten vormen over het deskundigenbericht. Dit oordeel zal met name worden ingevuld door de criteria consistentie en coherentie. Het deskundigenbericht moet *intern consistent* zijn, dat wil zeggen dat het geen innerlijk tegenstrijdigheden mag bevatten. Ook moet voldaan zijn aan het vereiste van *externe consistentie*: het deskundigenbericht – elementen daaruit – moet niet strijdig zijn met andere bewijsmiddelen die zich in het dossier bevinden (vergelijk paragraaf 6.6.2). Wanneer sprake is van tegenstrijdigheden, moet de rechter de deskundige om opheldering vragen.

Het vereiste van *coherentie* omvat consistentie, maar houdt ook in dat het deskundigenbericht begrijpelijk moet zijn (vergelijk paragraaf 6.6.4). Er mag geen sprake zijn van leemtes, onduidelijkheden, niet-logische gevolgtrekkingen of dubbelzinnigheden in de rapportage van de deskundige. Ook hier geldt dat de rechter zich opnieuw tot de deskundige moet richten, wanneer het rapport in dit opzicht vragen oproept. Een nuttig middel hierbij is de mogelijkheid die de rechter heeft om het deskundigenbericht op een mondelinge zitting te behandelen en daarbij de deskundige om een nadere toelichting te vragen (art. 194 lid 5 Rv).

Wanneer de rechter het deskundigenbericht aldus heeft getoetst aan de criteria relevantie, kwaliteit, consistentie en coherentie, is de rechter in beginsel in staat

104 Vergelijk G. de Groot (2008): de rechter moet toetsen of het deskundigenbericht *volledig* is.

om de bewijsbeslissing te nemen.<sup>105</sup> Hierbij is het nuttig de in paragraaf 5.7 voorgestelde bewijswaarderingsmaatstaf in herinnering te roepen:

*Een feit is voor de civiele rechter bewezen wanneer uit de beschikbare bewijsmiddelen redelijkerwijs kan worden afgeleid dat het feit zich heeft voorgedaan, en uit die bewijsmiddelen niet even goed kan worden afgeleid dat hetgeen de wederpartij met betrekking tot dat feit stelt, zich heeft voorgedaan, terwijl zich evenmin de situatie voordoet dat bewijsmateriaal dat redelijkerwijs verwacht mocht worden, ontbreekt.*

Toetsing van een deskundigenbericht aan deze bewijswaarderingsmaatstaf leidt ertoe dat de rechter op basis van het deskundigenbericht in beginsel een bewijsbeslissing zal nemen, die in overeenstemming is met de inhoud van het deskundigenbericht. Wat de rechter in ieder geval niet kan, is een van het deskundigenbericht afwijkende beslissing nemen, omdat de conclusies van de deskundige de rechter niet bevallen.<sup>106</sup> Zo zal de rechter het in een deskundigenbericht neergelegde standpunt dat de vervangingswaarde van een zeilboot op € 160.000,- moet worden gesteld, in beginsel overnemen en een daarmee overeenstemmende bewijsbeslissing nemen. In dat geval geldt immers dat uit het deskundigenbericht kan worden afgeleid dat de vervangingswaarde op € 160.000,- moet worden gesteld; dat uit de beschikbare bewijsmiddelen niet evengoed kan worden afgeleid dat de vervangingswaarde van de zeilboot (aangenomen dat de wederpartij dat standpunt inneemt) € 100.000,- is, terwijl zich niet de situatie voordoet dat bewijsmateriaal dat redelijkerwijs verwacht mocht worden, ontbreekt. Voor wat betreft het ontbreken van bewijsmateriaal dat redelijkerwijs verwacht mocht worden: dit zal zich normaal gesproken niet meer voordoen wanneer een deskundigenbericht is uitgebracht, dat voldoet aan de eisen van relevantie (volledigheid), consistentie en coherentie. Het inwinnen van een deskundigenbericht is gericht op het verkrijgen van die informatie die de rechter nodig heeft om bepaalde feiten te kunnen vaststellen; de bewijsmiddelen die al beschikbaar waren, waren kennelijk onvoldoende. Dit betekent dat als de gevraagde informatie eenmaal is verkregen, de rechter daarmee in beginsel ook voldoende bewijsmiddelen heeft om de bewijsbeslissing te nemen. De in het deskundigenbericht vervatte informatie is precies die informatie aan de hand waarvan de rechter een bewijsbeslissing kan nemen. Het onvolledig zijn van de bewijsmiddelen is een gepasseerd station. Dit maakt ook duidelijk – daarop is ook in de inleiding al gewezen – waarom het deskundigenbericht zo’n cruciale rol speelt bij de bewijsbeslissing: de reikwijdte van het deskundigenbericht is zodanig, dat andere bewijsmiddelen in beginsel geen rol meer spelen. Hiermee is de rol van

<sup>105</sup> Deze toetsingscriteria zijn nagenoeg hetzelfde als die van De Groot: de rechter moet toetsen of het deskundigenbericht volledig, begrijpelijk en logisch is. Zie G. de Groot (2008) p. 425-427.

<sup>106</sup> Vergelijk HR 8 september 2006, NJ 2006, 493. Vergelijk over dit arrest ook R.J.B. Boonekamp (2007) p. 18.

het deskundigenbericht in de civiele procedure duidelijk anders dan die in de strafprocedure, waarin het slechts één van de schakels in de bewijsbeslissing is.<sup>107</sup>

Toepassing van de voorgestelde bewijswaarderingsmaatstaf leidt er derhalve toe dat de rechter in beginsel een bewijsbeslissing kan nemen, die in overeenstemming is met de bevindingen van de deskundige. Soms komt de rechter er echter niet met de hier geschetste werkwijze. De rechter moet dan dieper treden in een inhoudelijke beoordeling van het deskundigenbericht.

### 7.10 Een verdergaande beoordeling van deskundigenberichten

In veel gevallen kan de rechter volstaan met de toetsing van een deskundigenbericht aan de criteria van relevantie, kwaliteit, consistentie en coherentie, op de wijze zoals is geschetst in de vorige paragraaf. Met die toetsingswijze blijft de rechter aan de ‘buitenkant’ van het deskundigenbericht; een inhoudelijke toetsing van de correctheid van de bevindingen van de deskundige vindt in wezen niet plaats. In de vorige paragrafen is al aangegeven dat dit ook te rechtvaardigen is: de inhoudelijke correctheid van het deskundigenbericht moet vooral worden gewaarborgd door de persoon van de deskundige en de kwaliteit van de vraagstelling. Ook lijkt een verdergaande rechterlijke toetsing af te stuiten op de deskundigenparadox.

Toch is het de vraag of deze benadering altijd bevredigend is. Deze vraag moet in ieder geval worden gesteld als de rechter te maken heeft met tegenstrijdige deskundigenberichten. Onenigheid tussen deskundigen kan zich op allerlei terreinen voordoen. Het meest interessant is echter onenigheid tussen wetenschappelijke experts.<sup>108</sup> Hieraan is ook al gerefereerd in paragraaf 7.7.2: soms is sprake van wetenschappelijke controverses, bijvoorbeeld over bepaalde ziektebeelden, waardoor deskundigen verschillende standpunten innemen. In deze paragraaf zal daarom specifiek aandacht worden besteed aan tegenstrijdige, *wetenschappelijke* expertise.

Tegenstrijdige deskundigenberichten kunnen aan de orde zijn als een partij – voorafgaand of naar aanleiding van het in opdracht van de rechter uitgebrachte deskundigenbericht – een eigen partijdeskundigenbericht inwint en daarmee de bevindingen van de door de rechter benoemde deskundige inhoudelijk betwist. Ook kunnen de door de rechter benoemde deskundigen het onderling niet eens zijn. Voor de situatie dat er onenigheid bestaat tussen de door de rechter benoemde deskundige en door een partij ingeschakelde deskundige, is in de rechtspraak van de Hoge Raad een pragmatische oplossing beschikbaar: de rechter kan in beginsel

107 Zo is een door een deskundige uit te brengen rapportage over identificatie van vingerafdrukken slechts een *schakel* in de beslissing van de rechter of deze verdachte dit feit heeft begaan. Bij die beslissing zullen altijd ook andere bewijsmiddelen een rol spelen. Vergelijk Jan Crijns, Patrick van de Meij & Jeroen ten Voorde (2010) p. 530: “(...) dat deskundigenbewijs doorgaans slechts een aspect van het strafbare feit aan het licht kan brengen (...)”

108 Daaronder wordt ook medische expertise begrepen.



de opvatting van de door haar zelf benoemde deskundige volgen.<sup>109</sup> Dit volgt uit de in paragraaf 7.6 besproken motiveringsverplichting van de rechter: de rechter heeft een zware motiveringsplicht bij afwijking van de bevindingen van de door de rechter benoemde deskundige en een lichte bij het overnemen van de bevindingen. Voor de tweede situatie – de door de rechter benoemde deskundigen zijn het onderling niet eens – geeft de rechtspraak geen duidelijk handvat.

In de geschetste rechtspraak komt aan het belang van waarheidsvinding weinig betekenis toe. Waarom mag, en moet, de rechter ervan uitgaan dat de door haar zelf benoemde deskundige het bij het rechte eind heeft en de andere deskundigen niet? Het is moeilijk vol te houden dat de rechter er op voorhand vanuit kan gaan dat de bevindingen van de door haar benoemde deskundige méér correct zijn en méér recht doen aan de waarheidsvinding dan de bevindingen van de partijdeskundige. De toepassing van de voorgestelde bewijswaarderingsmaatstaf lost dit niet, althans weinig bevredigend, op, want doet zich bij tegenstrijdige deskundigenberichten niet de situatie voor dat uit de bewijsmiddelen even goed kan worden afgeleid dat hetgeen de wederpartij stelt, zich heeft voorgedaan?

Om na te gaan of een meer bevredigende benadering van deze problematiek kan worden gevonden, moet nader worden ingegaan op tegenstrijdige wetenschappelijke expertise. Hierbij valt voorop te stellen dat uiteenlopende of tegenstrijdige deskundigenberichten voor de rechter op zich zelf niet bijzonder hoeven te zijn. Voor partijen die elkaar tegenspreken, draait de rechter haar hand niet om; dit is inherent aan het procederen en dagelijkse kost voor de procesdeelnemers. En even zo is de rechter gewend om te gaan met getuigen die elkaar tegenspreken. Zo bekeken zou tegenstrijdige wetenschappelijke expertises voor de rechter *‘business as usual’* zijn. Dat dat in de praktijk niet het geval is, is waarschijnlijk te wijten aan de hooggespannen verwachtingen bij het inwinnen van een deskundigenbericht. De rechter hoopt hét antwoord op de gestelde vragen te krijgen en daarmee op inhoudelijke gronden een einde te kunnen maken aan de discussie tussen partijen. Vergelijk hierover Dwyer:

*“Judges have historically expected certainty from experts, particularly scientific experts. This is in large part because, since at least the nineteenth century, the term ‘science’ has been identified with a project to develop ever more certain and comprehensive objective knowledge about the world.”*<sup>110</sup>

De rechter verwacht *zekerheid* te krijgen van de deskundige; die verwachting wordt in de praktijk echter niet waargemaakt. Een realistisch beeld van wetenschap en wetenschappelijke expertise moet de rechter echter verzoenen met de onzekerheid

<sup>109</sup> Zie bijvoorbeeld HR 12 maart 2010, LJN BK9158.

<sup>110</sup> Déirdre Dwyer (2008) p. 138. Zie in vergelijkbare zin Coady, die in dit verband spreekt over het ‘Prometheüsiaanse’ beeld van wetenschapper dat de gemiddelde leek heeft: wetenschap, zie C.A.J. Coady (1992).

die óók blijft bestaan wanneer wetenschappelijke expertise is ingewonnen. Wetenschappelijk onderzoek is, net als andere vormen van feitenonderzoek, gericht op waarheidsvinding, op het maken van gerechtvaardigde conclusies of beredeneerde gevolgtrekkingen over de wereld om ons heen (vergelijk paragraaf 5.2).<sup>111</sup> De wetenschapper wil weten ‘hoe dingen in elkaar zitten’. Tegelijk zijn wetenschappelijke bewijsredeneringen altijd omgeven met een bepaalde mate van onzekerheid, waarbij het doel van het wetenschappelijk onderzoek is deze onzekerheid zo klein mogelijk te doen zijn. Maar juist in het belang van de vooruitgang van wetenschappelijke kennis zal een zekere mate van onzekerheid nooit zijn uitgebannen; altijd moet de mogelijkheid worden opengehouden dat bestaande inzichten moeten worden herzien. Hieraan ontleent wetenschappelijk onderzoek zijn *drive* tot het opstellen van nieuwe hypothesen en het verfijnen van reeds bestaande kennis. Eerder kwam aan de orde dat wetenschappelijke waarheidsvinding zich op dit punt onderscheidt van rechterlijke waarheidsvinding, waarin níet de mogelijkheid bestaat om tot gewijzigde inzichten te komen (paragraaf 5.2). Een wetenschappelijk debat is echter nooit geheel gesloten en behoort dit ook niet te zijn:

*“One difficulty in achieving the closure of a scientific dispute is that there is a tension between closure and good science. If we accept that science is fallible and that there is a degree of uncertainty in all scientific knowledge claims, we can never regard the closure of a scientific dispute as final. An issue, once closed, may always be re-opened.”*<sup>112</sup>

Dit betekent dat ook in de wetenschap volstrekte zekerheid nooit zal wordt bereikt. Wel kunnen er gradaties zijn in de mate van onzekerheid over bepaalde kennis, afhankelijk van de stand van het onderzoek op een bepaald terrein. Waar sprake is van onzekerheid, ligt een gebrek aan overeenstemming tussen wetenschappers voor de hand; een gebrek aan overeenstemming is een functie van onzekerheid. Hoe minder zekerheid er is op een bepaald vakgebied, bijvoorbeeld doordat sprake is van nieuwe onderzoekstechnieken, des te minder kan overeenstemming worden verwacht.<sup>113</sup> Verschil van inzicht tussen deskundigen is derhalve even onontkoombaar als de afwezigheid van volstrekte zekerheid in de wetenschap. Een realistisch beeld van wetenschappelijke expertise houdt dus ook in dat onderkend wordt dat het bestaan van verschillende inzichten bij de experts nu eenmaal een gegeven is.

Aan tegenstrijdige wetenschappelijke expertise kunnen verschillende oorzaken ten grondslag liggen, waarvan een viertal door Dwyer worden onderscheiden.<sup>114</sup>

111 Wat dat betreft is het opmerkelijk dat van deskundigen in de civiele procedure niet wordt gevergd dat zij hun advies naar waarheid hebben opgesteld. Volgens art. 198 lid 1 Rv volstaat het dat de deskundige de opdracht ‘onpartijdig en naar beste weten’ volbrengt.

112 Mike Redmayne (1997) p. 1031-1032.

113 Mike Redmayne (1997) p. 1033.

114 Déirdre Dwyer (2008) p. 136 e.v.

De voor dit hoofdstuk belangrijkste oorzaken zijn (1) verschil van inzicht over de toe te passen theorie of *methodologie*, en (2) *interpretatieverschillen* over de gevolgtrekkingen die uit de toepassing van de methodologie in een concreet geval moeten worden gemaakt.<sup>115</sup>

In de meeste gevallen zal verschil van inzicht tussen experts voortvloeien uit de tweede oorzaak: de experts zijn het eens over de van belang zijnde feiten én over de toe te passen methodologie, maar komen tot verschillende gevolgtrekkingen. Zo kunnen brandexperts op basis van hetzelfde feitencomplex en aan de hand van dezelfde methodologische uitgangspunten, tot uiteenlopende standpunten komen over de vraag wat de aannemelijke oorzaak voor een brand is.<sup>116</sup> Ook verschil van mening tussen medici over bijvoorbeeld de oorzaak van tijdens een operatie opgetreden complicaties, zal te wijten zijn aan interpretatieverschillen. Dat in zaken als deze sprake kan zijn van meningsverschillen, is niet verbazingwekkend; het gaat om uitspraken over *mogelijke* causale relaties en over situaties die zich zouden *kunnen* hebben voorgedaan, indien bepaald handelen achterwege zou zijn gebleven. Dergelijke uitspraken zullen altijd omgeven zijn met onzekerheid.

De rechter heeft in zo'n situatie weinig mogelijkheden om uit te maken welke van de verschillende bevindingen van de experts gevolgd moet worden. Wanneer wordt aangenomen dat elke expertise op zich zelf voldoet aan de daaraan te stellen eisen (paragraaf 7.9), is het moeilijk voor de rechter om aan de hand van inhoudelijke criteria een keuze te maken voor een van de expertises. Bij gebreke aan aanknopingspunten in andere bewijsmiddelen om hetzij de ene expertise, hetzij de andere expertise te volgen – en, zoals gezegd, zijn die er vaak niet –, zal de rechter op een andere wijze tot een keuze moeten komen. Het is dan te billijken dat de rechter gebruik maakt van de bevindingen van de door haar zelf benoemde deskundige. Niet alleen is voor die deskundige de kans het kleinst dat sprake is van partijdigheid of ondeskundigheid; bovendien maakt de betrokkenheid van partijen bij de benoeming en vraagstelling aan deze deskundige dat ook voldaan is aan het processuele belang van waarheidsvinding. Voor de eerder in deze paragraaf als pragmatisch gekenschetste benadering van de Hoge Raad, is hier dus een rechtvaardiging te geven.

Maar de zaak ligt anders wanneer sprake is van tegenstrijdige expertise vanwege de eerstgenoemde oorzaak, verschil van mening over de toe te passen *methodologie*. De rechter kan bij verschil van inzicht over de methodologische grondslagen van een wetenschappelijke expertise niet volstaan met het volgen van de door haar benoemde deskundige. Met name doet zich een probleem voor wanneer sprake is van controverse op een bepaald terrein, waardoor er onenigheid bestaat over de steekhoudendheid van een bepaalde methodologie. Een voorbeeld hiervan is

115 Daarnaast noemt Dwyer ook verschil van mening over de feiten en 'bias' van de deskundige.

116 HR 5 december 2003, NJ 2004, 74.

de homeopathische geneeswijze: volgens sommigen is homeopathie een verantwoorde behandelingsmethode, terwijl volgens anderen elke wetenschappelijke grondslag daaraan ontbreekt. Als een partij, met behulp van een eigen deskundige, de steekhoudendheid van de door de rechter benoemde deskundige gebruikte methodologie serieus betwist, zal de rechter méér moeten doen dan eenvoudigweg de bevindingen van de door haar benoemde deskundige volgen. In deze situatie wordt in ieder geval niet langer voldaan aan de bewijswaarderingsmaatstaf, dat méér aannemelijk is dan niet dat een bepaald feit zich heeft voorgedaan. De rechter zal derhalve moeten treden in een toetsing van de gebruikte methodologie.

Maar kán de rechter dat eigenlijk wel? Deze vraag is met name in de Amerikaanse literatuur veelbesproken, naar aanleiding van de in de rechtspraak ontwikkelde *Daubert*-norm.<sup>117</sup> Deze norm geeft ijkpunten voor een rechterlijke toetsing van de methodologie van wetenschappelijke expertise.<sup>118</sup> Volgens de *Daubert*-norm moet de rechter inhoudelijk nagaan of de in de procedure in te brengen expertise betrouwbaar is, waarbij de volgende factoren kunnen worden betrokken:

- is de door de deskundige gebruikte theorie of techniek te testen (*testability*);
- is de gebruikte theorie of techniek onderworpen aan *peer review*;
- wat is de bekende of mogelijke *error rate* van de gebruikte theorie of techniek;
- is de gebruikte theorie of techniek geaccepteerd in de wetenschappelijke gemeenschap.

De *Daubert*-norm vormde een breuk met de tot dan geldende *Frye*-test.<sup>119</sup> Volgens deze *Frye*-test was voor de toelating van wetenschappelijk bewijs bepalend of het onderzoek gedragen werd in wetenschappelijke kring. De kern van *Daubert* is dat de toetsing van het wetenschappelijke karakter van een expertise niet langer in de betreffende kring van wetenschappers zelf diende plaats te vinden, maar in handen van de rechter werd gelegd.<sup>120</sup> Daarmee was het doel van *Daubert* vooral

117 *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993). Over de *Daubert*-uitspraak is ongelooflijk veel geschreven, zie onder meer de website [www.daubertontheweb.com](http://www.daubertontheweb.com), bijvoorbeeld over de wetenschapsopvatting die aan de uitspraak ten grondslag ligt en of de criteria, die niet als uitputtend gelden, moeten worden aangevuld of juist beperkt. Zie in de Nederlandse literatuur onder meer G. de Groot (2008) p. 94-95 en P.J. van Koppen (2004) p. 7-8.

118 Hierbij passen twee kanttekeningen. In de eerste plaats is van belang dat *Daubert* criteria geeft voor het *toelaten* (en niet het beoordelen) van wetenschappelijke expertise in de procedure; de tot dan toe daarvoor geldende eis van relevantie werd onvoldoende geacht. In het Amerikaanse recht is de vraag naar de toelaatbaarheid van bewijsmiddelen een vraag die de rechter moet beantwoorden, waarna het aan de jury is om aan de hand van de toegelaten bewijsmiddelen de bewijsbeslissing te nemen. In de tweede plaats is van belang dat de *Daubert*-norm is ontwikkeld in het kader van een civiele procedure, waarin, zoals gebruikelijk is in de Verenigde Staten, uitsluitend sprake was van *partijdeskundigen*berichten. Wanneer het gaat om expertise die is ingebracht door een deskundige die is gefinancierd door een van partijen, is het risico groter dat er gebreken kleven aan een expertise dan wanneer de expertise afkomstig is van een door de rechter aangezochte deskundige.

119 *Frye v. United States*, 54 App. D.C. 46, 293 F 1013.

120 *Erica Beecher-Monas* (2007)

om de rechter de mogelijkheid te geven om expertise die, anders dan gepretendeerd, geen wetenschappelijk karakter had (*junk science* of *bogus science*), buiten de rechtszaal te houden.<sup>121</sup> Daubert zou zo een bijdrage moeten leveren aan de waarheidsvinding: als de rechter optreedt als *gate-keeper*, verkleint dat het risico dat de jury tot een inhoudelijk onjuiste feitenvaststelling komt doordat zij misleid wordt door een expertise die ten onrechte doorgaat voor ‘wetenschappelijk’.<sup>122</sup> De *Daubert*-norm gaat er daarmee vanuit dat de rechter feitelijk in staat is om de methodologische grondslag van wetenschappelijke expertise inhoudelijk te beoordelen.

Op het eerste gezicht lijken de *Daubert*-criteria teveel van de rechter te vergen.<sup>123</sup> Heeft de rechter niet een grondige, inhoudelijke kennis van het betreffende vakgebied nodig, om te toetsen of voldaan is aan de criteria? Dit hoeft niet het geval te zijn. Hierbij valt te bedenken dat de rechter niet op grond van eigen onderzoek de door de deskundige gehanteerde methodologie hoeft te toetsen en ook niet zelf de daarvoor benodigde informatie hoeft te verzamelen. Verder wordt ook niet van de rechter gevraagd om een eigen positie in te nemen in de controverse en het is ook niet haar taak om de controverse te beslechten. Wat de rechter wél moet doen is de kwaliteit van het bewijsmiddel, dat is het betwiste deskundigenbericht, beoordelen. Met name Beecher-Monas heeft sterk bepleit dat de rechter hiertoe wel degelijk in staat is en dat het ook de verantwoordelijkheid van de rechter is om die beoordeling uit te voeren. Zij verwijst hier ook nadrukkelijk naar het belang van waarheidsvinding:

*“(...) Judges are fully capable of deciding what counts as science, and (...) it is their responsibility to do so. Too often, however, perhaps because of the daunting complexities of science, many shy from that duty, with dire consequences to the rule of law and those*

121 Déirdre Dwyer (2008) p. 341 e.v.; Susan Haack (2005) p. 66; Gary Edmond en David Mercer (2004).

122 Op de vraag of *Daubert* in de rechtspraak ook zo heeft uitgewerkt, is geen duidelijk antwoord te geven. Aan de ene kant wordt in de literatuur gesteld dat in bijvoorbeeld zaken over productaansprakelijkheid, *Daubert* ertoe heeft geleid dat te strikte criteria worden gehanteerd voor de toelating van deskundigenbewijs, waardoor expertise als ‘onwetenschappelijk’ wordt uitgesloten, terwijl daartegen vanuit wetenschappelijk oogpunt geen enkel bezwaar bestaat. De rechter legt dan dus een strengere toets aan dan in eigen wetenschappelijke kring nodig wordt gevonden. Zie in deze zin Gary Edmond en David Mercer (2004), die stellen dat dit ook de achterliggende reden van *Daubert* was. Aan de andere kant zou met name in het strafrecht *Daubert* nauwelijks worden toegepast, terwijl daar op grote schaal gebruik wordt gemaakt van expertise waarvoor géén toereikende wetenschappelijke basis bestaat. Een inhoudelijke toetsing van de kwaliteit van de in de expertise gebruikte methodologie zou daar een nuttige rol kunnen vervullen. Toepassing van *Daubert* zou dus juist in het strafrecht winst kunnen betekenen, maar daar is die winst feitelijk niet verkregen, aldus Erica Beecher-Monas (2007) p. 94-121.

123 Déirdre Dwyer (2008) p. 107 e.v. noemt verschillende argumenten waarom de rechter niet in staat is de methodologische grondslag van een deskundigenbericht te toetsen. Vergelijk ook G. de Groot (2008) p. 425.

*seeking justice within it. Conceiving the rule of law as a search for truth in a system that aspires to rationality has consequences. One of these is that implementing a structured-reasoning process improves judgement. Making judges the gatekeepers of relevant evidence is thus a facet of fundamental fairness and due process. (...) Judges must not abdicate this important responsibility.”*<sup>124</sup>

Het is dus de rechterlijke verantwoordelijkheid om te toetsen of sprake is van deugdelijke wetenschappelijke expertise, zo stelt Beecher-Monas.

De rechter zou aan de hand van de *Daubert-criteria* moeten toetsen welke van de door de deskundigen aan hun tegenstrijdige expertises ten grondslag gelegde methodologie, het beste stand houdt. Over de vraag hoe de rechter dit precies moet doen, is nog veel te zeggen.<sup>125</sup> In ieder geval zou de rechter van de deskundige kunnen vergen dat deze verantwoording aflegt van de gehanteerde methodologie. Als sprake is van een wetenschappelijke controverse, dient de deskundige aan te geven welke positie hij daarin inneemt. Indien dit niet vóór de benoeming van de deskundige heeft plaatsgevonden (aan de hand van het *disclosure statement*), moet de rechter dit na het verkrijgen van het deskundigenbericht alsnog doen. Verder kan de rechter ook van de deskundige vragen om aan te geven op welk wetenschappelijk onderzoek de gehanteerde methodologie berust. Het is dan de taak van de rechter om na te gaan of hier een bevredigend antwoord op wordt verkregen.

Ook in de strafrechtelijke jurisprudentie zijn voorbeelden waarin van de rechter gevergd wordt dat zij de bevindingen van een expert op hun deugdelijkheid toetst:

*“(...) het arrest houdt niet in (...) dat het hof heeft onderzocht of die deskundigheid zich mede uitstrekt tot het onderzoek aan de analyse van voetsporen, en zo ja, volgens welke methode hij het onderzoek heeft uitgevoerd en waarom hij deze betrouwbaar acht, alsmede in hoeverre hij in staat is deze methode vakkundig toe te passen. Bij die stand van zaken kan niet worden gezegd dat de bewezenverklaring naar de eiser der wet met redenen is omkleed.”*<sup>126</sup>

Het onderzoeken van de betrouwbaarheid van de door de deskundige gehanteerde methodologie is derhalve een rechterlijke taak. Er is geen reden waarom dit niet ook voor de civiele rechter zou gelden. De rechter doet dan méér dan het maar eenvoudigweg overnemen van de bevindingen van de eigen deskundige en blijft niet aan ‘de buitenkant’ van de deskundigenberichten; zij gaat ook inhoudelijk na welke deskundigenbericht het meest correct is. Daarmee wordt meer recht gedaan aan het belang van waarheidsvinding.

Als tot deze conclusie wordt gekomen voor de situatie dat de rechter geconfronteerd wordt met tegenstrijdige deskundigenberichten, waarbij de oorzaak van de

124 Erica Beecher-Monas (2007) p. 232.

125 Dit gaat het bereik van dit boek te buiten.

126 HR 27 januari 1998, NJ 1998, 404; HR 28 februari 1989, NJ 1989, 748.

verschillende inzichten gelocaliseerd is in de door de deskundigen gehanteerde methodologie, is het de vraag of het uitgangspunt waarmee dit hoofdstuk begon, dat de rechter in beginsel kan volstaan met een toetsing van ‘de buitenkant’ van het deskundigheid, wel staande kan worden gehouden. Zou met het oog op het belang van waarheidsvinding de rechter niet altijd moeten toetsen of de door de deskundige gebruikte methodologie steekhoudend is? Het is moeilijk te verdedigen dat het uitvoeren van die toetsing afhankelijk is van de ‘toevallige’ omstandigheid dat een partij met een eigen deskundigenbericht de bevindingen van de door de rechter benoemde deskundige weerspreekt.<sup>127</sup> Als van de rechter gevergd zou worden om altijd na te gaan of de gehanteerde methodologie de toets der kritiek kan doorstaan, zou dit grote gevolgen hebben voor de rechtspraak.

Een voorbeeld waarin de toetsing van de door de deskundige gebruikte methodologie op zijn plaats zou kunnen zijn, biedt de expertise van een handschriftkundige. Deze pleegt zich uit te laten over de mate van waarschijnlijkheid dat een handschrift afkomstig is van een bepaalde persoon, dus over de echtheid van het handschrift. In de literatuur wordt echter gesteld dat er geen toereikende wetenschappelijke basis is voor handschriftkunde; er zou geen empirische onderzoek bekend zijn waarin systematisch is getest of een handschriftkundige met enige betrouwbaarheid een uitspraak kan doen over de echtheid van een handschrift.<sup>128</sup> Mocht dit inderdaad het geval zijn, dan is het vanuit het oogpunt van waarheidsvinding moeilijk te aanvaarden dat de rechter een dergelijk onderzoek aan haar beslissing ten grondslag legt. Van de rechter zou moeten worden gevergd, ook wanneer er geen tegen-deskundigenbericht in het geding is gebracht, om te beoordelen of de methodologische grondslag van de expertise steekhoudend is. De rechter zou de betreffende handschriftexpert moeten vragen om methodologische verantwoording af te leggen en aan de hand van de *Daubert*-criteria moeten nagaan of sprake is van solide en betrouwbare expertise. Wanneer daarvan geen sprake zou blijken te zijn, zou de expertise terzijde moeten worden gelegd.

### 7.11 Samenvatting

Dit hoofdstuk is begonnen met een vergelijking van het deskundigenbericht met de getuigenverklaring. In *epistemologisch* opzicht stemmen deze in belangrijke mate overeen. In beide gevallen gaat het om een vorm van *testimony*: de rechter gaat niet af op eigen waarneming maar op de verklaring van een derde. Er is geen principieel onderscheid te maken tussen de soort van kennis die is vervat in een

127 Vergelijk voor het strafrecht N.J. M. Kwakman (2008), die de toetsing van de kwaliteit van deskundigenberichten in de procedure wil loskoppelen van de proceshouding van partijen en deze wil verheffen tot een zaak van ‘publieke verantwoordelijkheid’.

128 Zie Erica Beecher-Monas (2007) p. 96-97. Vergelijk ook Harald Merkelbach (2010) met verdere literatuurverwijzingen. De conclusies van Merkelbach zijn bekritiseerd door Stoel, Berger, Van den Heuvel en Fagel (2010).

getuigenverklaring en in een deskundigenbericht. Niet gezegd kan worden dat een getuigenverklaring slechts de waarneming van feiten behelst en een deskundigenbericht zich richt op de kwalificatie van feiten. Voor de getuige geldt dat diens verklaring niet louter een ‘kale’ weergave van waargenomen feiten behelst, maar ook een interpretatief karakter heeft. Voor de deskundige geldt dat diens verklaring niet louter een kwalificatie of beoordeling van feiten inhoudt, maar ook een vaststelling of waarneming van die feiten. Zowel de getuigenverklaring als het deskundigenbericht bevatten elementen van waarneming én van kwalificatie van feiten (*paragraaf 7.2*).

Ook in procesrechtelijk opzicht heeft het deskundigenbericht geen bijzonder karakter. Net als de getuigenverklaring is het deskundigenbericht een bewijsmiddel, dat wil zeggen een ingrediënt voor de rechterlijke bewijsbeslissing. De typering van een deskundigenbericht als advies aan de rechter, voegt hieraan niets wezenlijks toe (*paragraaf 7.3*).

Als er geen wezenlijk onderscheid is te maken tussen deskundigenbericht en getuigenverklaring, is er geen goede reden voor de grote vrijheid die de rechter heeft bij de beslissing om al of niet een deskundigenbericht in te winnen, afgezet tegen de rechterlijke verplichting om een verzoek om een getuigenverhoor in beginsel in te willigen. De vrijheid van de rechter bij de beslissing om een deskundigenbericht in te winnen, staat ook haaks op het belang dat een deskundigenbericht heeft voor de waarheidsvinding. Het belang van waarheidsvinding kan in het gedrang komen, wanneer de rechter niet steeds als dat nodig is, een deskundigenbericht inwint. Daarom is het nodig om de rechter een maatstaf te geven om te beoordelen of de inschakeling van een deskundige noodzakelijk is (*paragraaf 7.4*).

Die maatstaf is de volgende: *de rechter moet in beginsel overgaan tot het inwinnen van een deskundigenbericht wanneer sprake is van voor de beslissing relevante feiten, waarvoor de vaststelling specialistische kennis vereist, tenzij de rechter deze kennis op andere wijze kan verkrijgen*. Toepassing van deze maatstaf zou ertoe moeten leiden dat het inwinnen van een deskundigenbericht door de rechter geen vrijblijvende aangelegenheid is, maar een verplichting, in de situatie dat voldaan is aan de maatstaf. De maatstaf duidt aan dat het inwinnen van een deskundigenbericht een subsidiair karakter heeft; als de kennis ook door middel van eigen informatie van partijen of door een getuigenverhoor kan worden verkregen, kan de rechter daaraan voorrang geven. Verder geeft de maatstaf aan dat het er om gaat of sprake is van feitenvaststelling waarvoor *specialistische* kennis is vereist. Op de vraag wanneer specialistische kennis is vereist voor feitenvaststelling, is niet altijd een ondubbelzinnig antwoord te geven. Partijen zullen de rechter daarvoor informatie moeten aanreiken. De rechter moet echter niet als voorwaarde stellen dat partijen eerst een eigen deskundigenbericht inbrengen (*paragraaf 7.5*).

Dat bij de beoordeling van een deskundigenbericht niet werkelijk sprake is van een vrije bewijswaardering, laat zich verklaren vanuit de deskundigenparadox. De rechter schakelt een deskundige in omdat zij niet beschikt over de voor de vaststelling van de feiten benodigde specialistische kennis. De rechterlijke beoor-



deling van het deskundigenrapport is daardoor noodzakelijkerwijs begrensd. Het is daarom te billijken dat hoge eisen worden gesteld aan de beslissing tot afwijking van een deskundigenrapport en als uitgangspunt te nemen dat de rechter de bevindingen van de deskundige overneemt (*paragraaf 7.5*).

Dit heeft wel tot consequentie dat de rechter veel aandacht moet besteden aan de keuze van de deskundige. Een zorgvuldig selectieproces moet ervoor zorgen dat de deskundige onpartijdig en daadwerkelijk deskundig is op het terrein waar zijn expertise wordt gewenst. Dit moet de basis verschaffen waarop het vertrouwen van de rechter op het deskundigenbericht kan worden gestoeld; alleen dan is er een grondslag om aan te nemen dat het deskundigenbericht daadwerkelijk een positieve bijdrage aan de waarheidsvinding levert. Het belang van het vereiste van onpartijdigheid van de deskundige zou meer betekenis krijgen wanneer de mogelijkheid van wraking van de deskundige weer wordt ingevoerd (*paragraaf 7.7.1*). De vereiste deskundigheid van de deskundige kan nader worden vormgegeven door in voorkomende gevallen van de deskundige een *disclosure statement* te vragen (*paragraaf 7.7.2*).

De rechter moet ook adequaat aandacht schenken aan de aan de deskundige voor te leggen vraagstelling. Als de vraagstelling aanleiding is voor onduidelijkheden in de beantwoording van de vragen, zal het deskundigenbericht niet bijdragen aan een verheldering van de feiten. Ook hier geldt dat het uitgangspunt dat de rechter in beginsel de bevindingen van de deskundige kan overnemen, alleen gerechtvaardigd is wanneer de vraagstelling deugdelijk is. Daarom moet de rechter als dat nodig is, al bij de formulering van de vraagstelling zorgen voor deskundige inbreng. Dit kan door op verschillende terreinen juristen en deskundigen tezamen standaard-vraagstellingen te laten ontwikkelen. Ook kan de rechter vóór de benoeming van de deskundige een ‘programmeringscomparitie’ beleggen, waarbij in aanwezigheid van partijen en de deskundige de vraagstelling wordt doorgeproken (*paragraaf 7.8*).

Net als voor andere bewijsmiddelen geldt, moet de rechter het deskundigenbericht toetsen aan de hand van de criteria relevantie, kwaliteit, consistentie en coherentie. Wanneer het deskundigenbericht hieraan voldoet, mag de rechter in beginsel de bevindingen van de deskundige overnemen. Dit volgt uit de in hoofdstuk 5 voorgestelde bewijswaarderingsmaatstaf (*paragraaf 7.9*).

Toch is het de vraag of deze toetsing van deskundigenberichten, die zich beperkt tot de ‘buitenkant’, bevredigend is en of vanuit het oogpunt van waarheidsvinding niet meer van de rechter zou moeten worden gevraagd. Deze vraag is met name urgent wanneer sprake is van tegenstrijdige deskundigenberichten. Weliswaar staat de rechtspraak van de Hoge Raad toe dat de rechter in beginsel kan volstaan met het volgen van de bevindingen door haar zelf benoemde deskundige. Tot op zekere hoogte is die werkwijze ook te rechtvaardigen, omdat de onpartijdigheid en deskundigheid van die deskundige het minst ter discussie staan.

Soms kan het belang van waarheidsvinding echter meer vergen van de rechter. Als er aanleiding is om te twijfelen aan de deugdelijkheid van de door de deskun-

dige gehanteerde methodologie – dat kan aan de orde zijn wanneer er verschillende deskundigenberichten in de procedure zijn ingebracht, waarin verschillende methodologische uitgangspunten worden gehanteerd –, zal de rechter zich daarin inhoudelijk moeten verdiepen. De deskundige zal dan aan de rechter verantwoording moeten afleggen over de gehanteerde methodologie. De rechter moet vervolgens beoordelen of er voldoende wetenschappelijke basis is voor die methodologie. Daarbij zou de rechter gebruik kunnen maken van de in de Amerikaanse rechtspraak ontwikkelde *Daubert*-criteria. Indien niet wordt voldaan aan deze criteria, zou de rechter bij de bewijsbeslissing geen betekenis moeten toekennen aan het deskundigenbericht (*paragraaf 7.10*).



## 8 Slotbeschouwing: feiten vaststellen tussen waarheid en onzekerheid

### 8.1 Waarheid als oriëntatiepunt voor de rechter

Waarheidsvinding in de procedure is zo belangrijk, dat het een beginsel van procesrecht is. Een goede rechterlijke uitspraak vergt niet alleen dat de rechter de juiste rechtsregels toepast, maar vóór alles dat de feitenvaststelling deugdelijk is. De feiten vormen de basis van de rechterlijke beslissing en die basis mag geen onvolledigheden of onjuistheden bevatten. Als de feitenvaststelling ondeugdelijk is, ontbreekt een wezenlijke voorwaarde voor rechtvaardigheid van de rechterlijke beslissing. Een ondeugdelijke feitenvaststelling doet bovendien afbreuk aan de legitimiteit van de rechterlijke beslissing; die beslissing is dan niet meer dan een hypothetisch oordeel over een *casus*. De rechterlijke beslissing is dan niet gebaseerd op feiten, maar op fictie. Maar rechtspraak moet betrekking hebben op de werkelijkheid; daaraan ontleent een rechterlijke beslissing haar gezag. Daarom is waarheidsvinding, zo men wil: *materiële waarheidsvinding*, een kernwaarde of beginsel van civiel procesrecht.

Hiermee is het verbindende thema in deze verhandeling gegeven: het grote belang dat in de procedure toekomt aan waarheidsvinding. Het is een kerntaak van de rechter om de feiten zoveel mogelijk volledig en correct vast te stellen.

In dat ‘zoveel mogelijk’ is al uitgedrukt dat een volledige en correcte feitenvaststelling niet altijd mogelijk zal zijn. Sterker nog: het is inherent aan het in een procedure vaststellen van feiten dat over die feiten altijd een zekere mate van onzekerheid zal bestaan. Daarmee is niet gezegd dat waarheidsvinding dan maar moet worden opgegeven, omdat zekerheid toch niet bereikt kan worden. Waarheid is voor de rechter het *oriëntatiepunt*, het doel waarop de rechter zich moet richten bij het onderzoek naar de feiten. Dat die waarheid geen absoluut karakter heeft en dat misschien ook niet is vast te stellen wat die waarheid is, maakt dit niet anders. Het loslaten van waarheid als baken voor de rechter zou feitenvaststelling – en daarmee rechtspraak – tot een arbitraire kwestie maken. Zonder waarheidsoriëntatie, zonder inhoudelijk doel, is de procedure slechts procedure.

Het belang van waarheidsvinding ligt niet alleen in het te bereiken resultaat. Het *proces* van waarheidsvinding is eveneens belangrijk, omdat het partijen de gelegenheid geeft te participeren in de waarheidsvinding. Waarheidsvinding in de

procedure moet immers altijd plaatsvinden met en door partijen, zo volgt ook uit art. 6 EVRM. Pas wanneer partijen worden gehoord en gelegenheid krijgen tot bewijslevering, wordt het ook hún proces. Dit is de processuele kant van waarheidsvinding.

Ook voor de appelrechter is waarheidsvinding de leidraad in de procedure. Hiermee is niet te verenigen dat partijen in hoger beroep niet meer de kans zouden krijgen om nieuwe stellingen of nieuwe gegevens te presenteren. Hoger beroep moet een volledige herkansing bieden en ook de appelrechter moet zich er voor inzetten dat de feiten zoveel mogelijk volledig en correct worden vastgesteld. Een ‘vertrechtering’ van de procedure leidt tot een beknotting van de waarheidsvinding.

Aan het belang van waarheidsvinding komt zeker niet alleen betekenis toe binnen het bewijsrecht. Ook wanneer bewijzen in eigenlijke zin niet aan de orde is, omdat er geen bewijslevering plaatsvindt – en dat is in de grote meerderheid van de procedures het geval –, heeft de rechter een belangrijke taak bij het zoveel mogelijk correct en volledig vaststellen van de feiten. De rechter kan die taak alleen naar behoren uitvoeren, wanneer zij zich actief opstelt.

## 8.2 Een actieve rechter

Het beginsel van waarheidsvinding vraagt om een actieve rechter. De civiele rechter is niet passief en afwachtend, maar houdt steeds voor ogen of het belang van waarheidsvinding in de procedure voldoende tot zijn recht komt. Daarmee is de rechter verantwoordelijk voor een deugdelijke feitenvaststelling: de rechter moet het procesrecht zó inzetten, dat zoveel mogelijk bereikt wordt dat de feiten volledig en correct worden vastgesteld.

Een belangrijk instrument van de rechter hierbij is de comparitie na antwoord. De rechter hoort daar niet alleen partijen aan, maar vraagt ook dóór. De rechter gaat na of de vordering die de eisende partij heeft ingesteld, past bij het doel dat zij met de procedure wil bereiken. De rechter verifieert over welke feiten partijen het eens zijn en op welke feiten zij uiteenlopende visies hebben. Alleen als duidelijk is dat partijen het over bepaalde feiten eens zijn, neemt de rechter die feiten als vaststaand aan. Het vaststellen van feiten omdat deze ‘niet weersproken’ zijn, is niet het mechanisch tegen elkaar afstrepen van stellingen.

Een actieve rechter zorgt ervoor dat partijen niet weggelaten met hele leugens of halve waarheden. De in art. 21 Rv neergelegde waarheidsplicht dwingt partijen de feiten en de daarbij behorende informatie of gegevens volledig en naar waarheid aan te voeren. Wanneer een partij onduidelijke of ongeloofwaardige stellingen inneemt of stukken achterhoudt, is het aan de rechter om die partij om opheldering te vragen of te gelasten de stukken in de procedure over te leggen. Dit geldt temeer als de wederpartij het achterhouden van feiten of gegevens in de procedure signaleert.

Een actieve rechter probeert ook de ‘onder het papier’ liggende verhalen van partijen te vinden, omdat de rechter pas dan kan begrijpen waar het partijen in

de procedure werkelijk om gaat. De rechter doet navraag naar onduidelijkheden of leemtes in de verhalen van partijen. Zo nodig neemt de rechter het initiatief om van partijen meer feitelijke informatie te verkrijgen, zodat recht kan worden gedaan aan de materiële rechtspositie van partijen. Dit betekent dat de rechter zonnodig feiten mag aanvullen.

Dat de rechter zich actief moet inzetten voor waarheidsvinding, houdt ook in dat de rechter zorgt dat er *ruimte* is voor waarheidsvinding in de procedure. De rechter moet zich zo min mogelijk beperken tot het op argumentatieve wijze vaststellen van feiten ('onvoldoende gesteld' of 'gesteld en onvoldoende weersproken'), maar werkelijk aan waarheidsvinding doen. Daarvoor moet de rechter partijen zelf hebben gesproken, want dan bestaat er minder risico dat belangrijke feiten buiten beeld zijn gebleven, dat van onjuiste feiten wordt uitgegaan of dat de rechter het geschil tussen partijen niet goed begrepen heeft.

Bovendien moet de rechter ruimhartig zijn bij het bieden van gelegenheid tot bewijslevering, niet alleen wanneer een van partijen dat vraagt, maar ook uit eigen beweging. Wanneer er onduidelijkheid of onenigheid is over de feiten, moet de rechter ervoor zorgen dat nadere bewijsmiddelen worden ingebracht, zoals getuigenverklaringen, nadere schriftelijke informatie of een deskundigenbericht. Ook een nadere toelichting van partijen kan al zorgen voor opheldering van de feiten. De rechter heeft hier een leidende rol; het is haar taak om partijen uit te nodigen tot participatie aan de waarheidsvinding en ervoor te zorgen dat de feiten zoveel mogelijk volledig en correct kunnen worden vastgesteld. Want hoewel het *aandragen* van feiten primair op de weg van partijen ligt, is het toch de rechter die de feiten moet *vaststellen*. Daarom is het de rechter die de verantwoordelijkheid draagt voor de feitenvaststelling. De wet geeft de rechter hiervoor een breed instrumentarium, zodat de rechter alles in handen heeft om aan die verantwoordelijkheid invulling te geven.

Wanneer de rechter in de procedure ruimte geeft aan waarheidsvinding, betekent dit dat zij bij de processuele beslissingen die zij moet nemen – wel of niet pleidooi toestaan; wel of niet getuigen horen; wel of niet om een bepaald bewijsstuk vragen – aan het belang van waarheidsvinding in beginsel meer gewicht toekent dan aan andere belangen. Waarheidsvinding is een *zwaarwegend belang* en heeft daarom in beginsel voorrang boven, met name, het belang van een voortvarende procedure. Liever een beslissing die berust op een deugdelijke feitenvaststelling, dan een snelle beslissing waarbij de feiten onduidelijk zijn gebleven of zelfs onjuist zijn vastgesteld.

### **8.3 Genormeerde bevoegdheden voor de rechter**

Het belang van waarheidsvinding komt pas tot zijn recht wanneer de rechter zich actief opstelt en ruimte geeft aan het proces van waarheidsvinding. Zo'n actieve opstelling zal gedeeltelijk afhangen van de handelwijze van de individuele rechter wanneer het procesrecht haar, zoals zo vaak het geval is, in een concreet geval

voor keuzes stelt. De wet reikt de rechter ruimschoots middelen aan om op actieve wijze aan waarheidsvinding te doen, maar het is aan de individuele rechter om hieraan ook inhoud te geven.

De jurisprudentie kan de rechter hierbij echter in belangrijke mate sturing geven. Zo is de in de jurisprudentie ontwikkelde regel dat de rechter verplicht is een relevant en concreet aanbod tot het leveren van bewijs door getuigen te honoreren, van groot belang voor de wijze waarop de rechter invulling geeft aan de bevoegdheid tot het horen van getuigen. Deze regel *normeert* de rechterlijke bevoegdheid; het is aannemelijk dat zonder deze regel de rechter in (nog) mindere mate getuigen zou horen dan nu het geval is.<sup>1</sup> De regel is derhalve onmisbaar voor de waarheidsvinding. Juist omdat in de procedure waarheidsvinding niet het enige belang is en tussen die verschillende belangen een spanningsveld kan bestaan, heeft de rechter geen discretionaire maar genormeerde bevoegdheden nodig.

Op vergelijkbare wijze zou ook een normering moeten worden gegeven aan de bevoegdheid van de rechter om schriftelijke bewijslevering toe te laten en een deskundigenbericht in te winnen. Dit is niet alleen in het belang van waarheidsvinding, maar geeft de rechter ook een handvat bij het nemen van processuele beslissingen. Bovendien neemt door een genormeerde bevoegdheid de voorspelbaarheid van rechterlijke beslissingen toe.

Voor schriftelijke bewijsmiddelen ligt het voor de hand aan te sluiten bij de maatstaf voor het toelaten van getuigenbewijs; als een partij aanbiedt schriftelijke bewijsmiddelen in het geding te brengen en dit aanbod is concreet en relevant, zou de rechter het aanbod moeten honoreren.

Voor deskundigenbewijs is de volgende maatstaf voorgesteld:

*De rechter moet in beginsel overgaan tot het inwinnen van een deskundigenbericht wanneer sprake is van voor de beslissing relevante feiten, waarvoor de vaststelling specialistische kennis vereist, tenzij de rechter deze kennis op andere wijze kan verkrijgen.*

Toepassing van deze maatstaf zou ertoe moeten leiden dat de inschakeling van een deskundige door de rechter minder vrijblijvend is en minder aan het persoonlijke, individuele inzicht van de rechter is overgelaten, dan nu het geval is.

Een genormeerde bevoegdheid kan ook goede diensten bewijzen bij de bewijsbeslissing. De wet voorziet niet in een bewijswaarderingsmaatstaf en geeft de rechter de vrije hand bij de beslissing of een partij wel of niet geslaagd is in het haar opgedragen bewijs. Hiermee dreigt de bewijsbeslissing een subjectieve gelegenheid te worden, afhankelijk van de persoonlijke overtuiging van de rechter en ondoorgrondelijk voor partijen. Door de bewijsbeslissing te normeren, krijgt deze een intersubjectief karakter, waarmee de beslissing kan uitstijgen boven de

<sup>1</sup> Om precies deze reden wordt ook regelmatig gepleit voor afzwakking van die jurisprudentie.

persoonlijke beoordeling van de individuele rechter. De bewijsbeslissing kan beter worden gemotiveerd, wat de inzichtelijkheid en kwaliteit van die beslissing ten goede komt. In dit boek is daarom een voorstel gedaan voor een intersubjectieve bewijswaarderingsmaatstaf:

*Een feit is voor de civiele rechter bewezen wanneer uit de beschikbare bewijsmiddelen redelijkerwijs kan worden afgeleid dat het feit zich heeft voorgedaan, en uit die bewijsmiddelen niet even goed kan worden afgeleid dat hetgeen de wederpartij met betrekking tot dat feit stelt, zich heeft voorgedaan, terwijl zich evenmin de situatie voordoet dat bewijsmateriaal dat redelijkerwijs verwacht mocht worden, ontbreekt.*

Deze maatstaf is in het voordeel van de waarheidsvinding, vooral omdat beter bespreekbaar is of de gestelde feiten wel of niet bewezen zijn.

In het verlengde van het voorstel voor een genormeerde bewijswaarderingsmaatstaf zijn criteria geformuleerd die de rechter kan gebruiken bij de waardering van getuigen- en deskundigenbewijs. De criteria die de rechter kan gebruiken bij de waardering van bewijs, zijn die van *relevantie*, *consistentie*, *kwaliteit* en *coherentie*. Deze ijkpunten geven de rechter houvast bij de bewijswaardering en maken het mogelijk de bewijswaarderingsbeslissing meer inzichtelijk te maken.

In een moderne bewijswaarderingsmaatstaf is geen plaats voor de rechterlijke overtuiging, net zo min als er bij de criteria voor de bewijswaardering plaats is voor het ijkpunt van geloofwaardigheid. Dit zijn vage begrippen, die zich hetzij laten vertalen in de voorgestelde maatstaf of ijkpunten en daaraan dan niets toevoegen, hetzij dermate subjectief zijn dat er geen argumenten aan ontleend kunnen worden die bruikbaar zijn voor de rechterlijke bewijsbeslissing.

Het normeren van rechterlijke bevoegdheden of het aanreiken van gezichtspunten die de rechter kan gebruiken om haar toekomstige beslissingsruimte invulling te geven, is in het materiële recht allang gemeengoed. In deze verhandeling is gebleken dat ook in het procesrecht een normering van rechterlijke bevoegdheden op haar plaats is.

#### **8.4 Zekerheid wordt niet bereikt**

Het is de taak van de rechter om de procedure zodanig vorm te geven, dat het belang van waarheidsvinding optimaal wordt gediend. Dit maakt het de rechter mogelijk zoveel als mogelijk de feiten volledig en correct vast te stellen en draagt bovendien bij aan het processuele belang van waarheidsvinding. Maar, zoals gezegd, daarmee is niet een garantie gegeven dat de rechter ook daadwerkelijk de feiten in overeenstemming met de werkelijke gang van zaken vaststelt. Een zekere mate van onzekerheid zal altijd blijven bestaan.

In de voorgestelde waarderingsmaatstaf – *een feit is voor de civiele rechter bewezen wanneer uit de beschikbare bewijsmiddelen redelijkerwijs kan worden*



*afgeleid dat het feit zich heeft voorgedaan, en uit die bewijsmiddelen niet even goed kan worden afgeleid dat hetgeen de wederpartij met betrekking tot dat feit stelt, zich heeft voorgedaan, terwijl zich evenmin de situatie voordoet dat bewijsmateriaal dat redelijkerwijs verwacht mocht worden, ontbreekt* – komt al duidelijk naar voren dat onzekerheid bepaald niet is uitgebannen. Al pleiten de beschikbare bewijsmiddelen maar een klein beetje méér voor het te bewijzen feit dan voor wat de wederpartij daarover stelt (en er ontbreken geen redelijkerwijs te verwachten bewijsmiddelen), dan kan en moet de rechter het te bewijzen feit al bewezen achten. Dit duidt op een ruime marge van onzekerheid bij de rechterlijke bewijsbeslissing.

Voor ogen moet echter worden gehouden dat die marge van onzekerheid niet beduidend groter is wanneer, zoals in het overgrote deel van de procedures het geval is, de rechter in het geheel niet toekomt aan een bewijsbeslissing in eigenlijke zin. Feiten vaststellen zónder dat bewijsverrichtingen hebben plaatsgevonden, levert nog meer onzekerheid op over de correctheid van de vastgestelde feiten. Dat de veel toegepaste methode ‘onvoldoende gesteld’ of ‘gesteld en onvoldoende weersproken’ enige grond biedt voor de correctheid of volledigheid van de vast te stellen, is op zijn minst twijfelachtig. De rechter richt zich met deze argumentatieve methode van feitenvaststelling eigenlijk vooral op een toetsing van de kwaliteit van het door de advocaten afgeleverde werk. Met waarheidsvinding heeft dit niet veel te maken.

Aan de onzekerheid van rechterlijke bewijsbeslissingen liggen verschillende oorzaken ten grondslag.

In de eerste plaats geldt dat aan elke bewijsbeslissing inherent is dat sprake is van een zekere mate van onzekerheid. Dit geldt niet alleen voor rechterlijke bewijsbeslissingen maar ook voor andere bewijsbeslissingen, als gevolg van het inductieve karakter van bewijsredeneringen en de specifieke eigenschappen die bewijsredeneringen hebben.

In de tweede plaats geldt speciaal voor juridische bewijsbeslissingen dat er lang niet altijd betrouwbare bewijsmiddelen beschikbaar zijn. De feiten in de procedure zijn bijna altijd ‘*lost facts*’, wat direct belemmeringen in de bewijslevering meebrengt. Ook in andere opzichten kunnen de bewijsmogelijkheden voor bepaalde feiten – bijvoorbeeld het bestaan van een mondelinge afspraak – beperkt zijn. Daarnaast geldt dat ook als de rechter zich actief opstelt en leiding geeft aan het proces van waarheidsvinding, zij tot op zekere hoogte toch afhankelijk blijft van partijen. Als een partij blijft zwijgen of bewijsmiddelen vernietigt, kan de rechter daar weinig aan doen. Bovendien zijn er in de juridische procedure weinig garanties voor de kwaliteit van de bewijsmiddelen. Het nemen van een bewijsbeslissing die *evidence based* is, is daarom voor de rechter een lastige zaak. Een duidelijk voorbeeld hiervan zijn getuigenverklaringen, waarvan door de rechter niet is vast te stellen of zij waarheidsgetrouw zijn. De rechter kan daardoor niet meer doen dan het maken van een inschatting van de waarheidsgetrouwheid van die verklaringen; ook op dit punt zal de rechter geen zekerheid kunnen verkrijgen.

In de derde plaats brengt de procedurele inbedding onontkoombaar beperkingen voor de waarheidsvinding mee. Dit betekent in ieder geval dat waarheidsvinding binnen een bepaald tijdsbestek tot een einde moet worden gebracht; er móet immers een beslissing worden genomen. Die verplichting heeft de rechter ook wanneer het niet lukt om de feiten boven tafel te krijgen, omdat er geen toereikende bewijsmiddelen zijn. Blijvende onzekerheid over de feiten werkt dan ten nadele van de partij op wie de bewijslast rust.

In de vierde en laatste plaats heeft de bewijsbeslissing, als sluitstuk van de waarheidsvinding, een *definitief* karakter: het steeds bijstellen en verfijnen van hypothesen, zoals dat gebeurt op andere terreinen van feitenonderzoek, is niet aan de orde. Voor de waarheidsvinding betekent dit dat er geen mogelijkheden zijn om in de loop der tijd de marge van onzekerheid bij bewijsbeslissingen te verkleinen of bewijsbeslissingen nader te onderbouwen.

Al deze factoren dragen bij aan onzekerheid bij het vaststellen van feiten in de procedure. Die onzekerheid bij het vaststellen van feiten is daarom tot op zekere hoogte onvermijdelijk. Het ingrijpende karakter van de rechterlijke beslissing – niet alleen voor de partijen maar ook in bredere zin – brengt echter mee dat de rechter de wél aanwezige mogelijkheden voor waarheidsvinding en voor het verkleinen van onzekerheid, zoveel mogelijk moet benutten. Procedurele belemmeringen die de rechter op haar pad vindt, moeten niet als een onontkoombaar gegeven worden beschouwd, maar steeds aanleiding zijn om de vraag te stellen hoe toch zoveel mogelijk recht kan worden gedaan aan het belang van waarheidsvinding.

## **8.5 Rechterlijke waarheidsvinding in stellingen**

In dit proefschrift zijn op een aantal punten stellingen ingenomen en verdedigd. De belangrijkste stellingen worden hieronder vermeld. Een toelichting op en een argumentatie voor deze stellingen is te vinden in de betreffende paragraaf.

### *Feitenvaststelling en het proces van rechtsvinding*

1. De selectie van de relevante feiten kan niet los worden gezien van de uiteindelijk te nemen rechterlijke beslissing en de keuzes die de rechter daarbij maakt (paragraaf 1.4 en 1.6).
2. Het selecteren van de relevante feiten en het vaststellen van feiten maken deel uit van het proces van rechtsvinding (paragraaf 1.7)
3. Het vaststellen van feiten door de rechter berust in veruit de meeste gevallen op een oneigenlijke bewijsbeslissing: de rechter stelt feiten vast aan de hand van een analyse van de over en weer door partijen aangevoerde stellingen en bewijsmiddelen, zonder dat wordt toegekomen aan bewijslevering in eigenlijke zin (paragraaf 1.5).

4. Vanuit een oogpunt van waarheidsvinding verdient het de voorkeur dat de rechter een eigenlijke bewijsbeslissing neemt en pas na bewijslevering de feiten vaststelt (paragraaf 4.5.2).

#### *Waarheidsvinding*

5. De waarheidsplicht heeft niet alleen betrekking op het naar waarheid en zo volledig mogelijk aanvoeren van de feiten, maar ook op het zo volledig mogelijk in het geding brengen van de gegevens die de gestelde feiten onderbouwen (paragraaf 2.4.1).
6. Waarheidsvinding dient als een beginsel van civiel procesrecht te worden aangemerkt (paragraaf 2.6).
7. Het beginsel van waarheidsvinding dient niet alleen het resultaat, maar ook het proces van waarheidsvinding. Daarmee heeft het beginsel een materiële en een processuele zijde (paragraaf 2.5).
8. Het gaat in het civiele recht niet 'slechts' om formele waarheid. Ook de civiele rechter streeft naar materiële waarheid (paragraaf 2.7).
9. Wanneer waarheidsvinding louter procedureel wordt opgevat, wordt de procedure een stuurloos schip (paragraaf 4.2).
10. De waarheidsplicht eist niet alleen dat partijen de feiten waarheidsgetrouw weergeven, maar ook dat zij de feiten zo volledig mogelijk naar voren brengen (paragraaf 3.4).
11. De waarheidsplicht staat eraan in de weg dat partijen naar eigen inzicht feiten stellen (paragraaf 3.4).
12. De waarheidsplicht betekent niet dat partijen niet hun eigen perspectief op de feiten zouden mogen geven. Wel staat de waarheidsplicht eraan in de weg dat onjuistheden naar voren worden gebracht of relevante feiten worden verzwegen. De waarheidsplicht appelleert daarmee vooral aan de norm van oprechtheid en correctheid (paragraaf 3.5).
13. De belangrijkste consequentie van het gegeven dat de rechterlijke waarheidsvinding is ingebed in de procedure, is dat waarheidsvinding altijd moet leiden tot een rechterlijke beslissing, waardoor de waarheidsvinding in de procedure een definitief en eenmalig karakter heeft (paragraaf 4.3).
14. Preprocessuele verrichtingen, zoals een voorlopig getuigenverloop of een voorlopig deskundigenbericht, dienen het belang van waarheidsvinding (paragraaf 4.4).

#### *Partijautonomie*

15. Processuele partijautonomie houdt met name in dat het de vrijheid van een partij is om wel of niet te procederen en om te bepalen tegen wie zij procedeert; deze vrijheid bestaat vooral voor de eisende partij en niet voor de gedaagde partij (paragraaf 3.2).

16. Ook is het een aspect van partijautonomie dat het aan partijen is om het onderwerp van hun geschil te formuleren en daarmee de buitengrenzen van de waarheidsvinding te bepalen (paragraaf 3.2).
17. Vanaf het moment dat partijen de procedure zijn ingegaan, komt aan het begrip partijautonomie weinig betekenis meer toe, behoudens de vrijheid van partijen om de procedure te beëindigen; partijautonomie werkt niet door *in* de procedure (paragraaf 3.4).
18. De regel dat de rechter een niet betwist feit als vaststaand moet aannemen, mag slechts worden toegepast wanneer beide partijen het over dat feit eens zijn. De rechter moet zonodig nagaan of dit het geval is (paragraaf 3.4).
19. Dat de rechter een niet betwist feit als vaststaand moet aannemen, is vooral van praktisch belang en relateert niet het belang van waarheidsvinding (paragraaf 3.4).
20. De rechter mag niet uitgaan van door partijen gestelde feiten wanneer het vermoeden bestaat dat deze feiten niet correct zijn (paragraaf 3.7).

*Actieve rechter*

21. De rechter zou meer bevoegdheden moeten krijgen om in het belang van waarheidsvinding ambtshalve een derde partij in het geding te roepen (paragraaf 3.3).
22. Het is de taak van de rechter om binnen de door partijen getrokken buitengrenzen van het geschil, ervoor te zorgen dat recht wordt gedaan aan de materiële rechtspositie van partijen en aan het belang van waarheidsvinding, zodat een aanvaardbare beslissing kan worden genomen (paragraaf 3.7 en 3.8).
23. De rechter moet het verhaal in de stellingen van partijen achterhalen om betekenis te kunnen geven aan de door hen gestelde feiten. Pas wanneer de rechter zich verdiept heeft in de verhalen van partijen, mag de rechter haar eigen verhaal maken, als prelude op de te nemen beslissing (paragraaf 3.6 en 3.7).
24. De met het oog op de waarheidsvinding aan de rechter gegeven onderzoeksbevoegdheden veronderstellen dat de rechter de vrijheid heeft om zo nodig de door partijen gestelde feiten zelf aan te vullen (paragraaf 3.7).
25. Wanneer feiten of gegevens die relevant kunnen zijn voor de beslissing door partijen niet naar voren zijn gebracht, is het de taak van de rechter om daar navraag naar te doen, zodat de te nemen beslissing zoveel mogelijk berust op een volledig en correct vastgesteld feitencomplex (paragraaf 3.7).
26. De rechter moet zelf de rechtsfeiten aanvullen als dat nodig is om recht te doen aan de materiële rechtspositie van partijen, op voorwaarde dat partijen de gelegenheid hebben gekregen hun standpunt daarover naar voren te brengen en eveneens op voorwaarde dat partijen zich daar niet beide tegen verzetten (paragraaf 3.8).

27. De rechter zou vaker moeten overgaan tot het ambtshalve gelasten van een getuigenverhoor (paragraaf 4.6).
28. Niet alleen in het bestuursprocesrecht, maar ook in het civiele procesrecht dient de rechter te voorzien in ongelijkheidscompensatie (paragraaf 3.8).
29. De rechter zou bij de kostenveroordeling meer rekening moeten houden met de manier waarop partijen procederen, zoals bij het onnodig instellen van hoger beroep, het schenden van de waarheidsplicht of het onnodig laat inbrengen van gegevens (paragraaf 4.5 en 4.6).

*Beperking procedurele belemmeringen*

30. De rechter moet niet te strikt vasthouden aan het trechtervormige verloop van de waarheidsvinding in de procedure (paragraaf 4.5).
31. Als tijdens de comparitie na antwoord nieuwe informatie of gegevens naar voren komen, moet de rechter in beginsel partijen in de gelegenheid stellen tot het nemen van conclusies van re- en dupliek (paragraaf 4.5.2).
32. De rechter moet ook laat in de procedure gestelde feiten nog bij de beoordeling te betrekken, wanneer deze van belang zijn voor de waarheidsvinding (paragraaf 4.6).

*Hoger beroep*

33. Ook in hoger beroep zou in beginsel steeds een mondelinge behandeling moeten plaatsvinden (paragraaf 2.4.6).
34. Het beperken van de herkansingsfunctie van het hoger beroep is niet in het belang van waarheidsvinding (paragraaf 4.5.2).

*Waarheidsvinding en andere belangen*

35. Het belang van waarheidsvinding weegt in beginsel zwaarder dan het belang van een voortvarende procedure (paragraaf 4.6).
36. Om de rechter in staat te stellen inhoudelijk te toetsen of een beroep op vertrouwelijkheid van informatie gerechtvaardigd is, zou moeten worden voorzien in een afzonderlijke procedure (paragraaf 4.7.2 en 4.7.8).
37. De rechter dient alerter te zijn op het ontbreken van gegevens in het dossier en, desgevraagd of ambtshalve, een partij te gelasten ontbrekende gegevens in het geding te brengen (paragraaf 4.7.4).
38. Het invoeren van een systeem van *disclosure* is niet nodig, wanneer de rechter ruimer gebruik maakt van de bestaande mogelijkheden om alle relevante gegevens van partijen of derden te verkrijgen (paragraaf 4.7.4).
39. Een vrijwel absoluut verschoningsrecht van functioneel verschoningsgerechtigden staat haaks op het belang van waarheidsvinding (paragraaf 4.7.7 en 4.7.8).
40. Het belang van waarheidsvinding vereist niet dat de rechter gebruik maakt van onrechtmatig verkregen bewijs (paragraaf 4.8).

*Bewijs en bewijswaarderingsmaatstaf*

41. Juridisch bewijzen verschilt qua methode niet principieel van bewijzen in andere disciplines (paragraaf 5.2).
42. Alle bewijsbeslissingen, dus ook die van de rechter, zijn inherent onzeker (paragraaf 5.3).
43. Het is niet mogelijk om een gekwantificeerde invulling te geven aan de rechterlijke bewijswaarderingsmaatstaf (paragraaf 5.5).
44. De rechter kan een verantwoorde bewijsbeslissing nemen aan de hand van de ijkpunten relevantie, kwaliteit, reikwijdte van de bewijsmiddelen en alternatieve hypothese (paragraaf 5.6).
45. De rechter kan gebruik maken van de volgende bewijswaarderingsmaatstaf: *Een feit is voor de civiele rechter bewezen wanneer uit de beschikbare bewijsmiddelen redelijkerwijs kan worden afgeleid dat het feit zich heeft voorgedaan, en uit die bewijsmiddelen niet even goed kan worden afgeleid dat hetgeen de wederpartij met betrekking tot dat feit stelt, zich heeft voorgedaan, terwijl zich evenmin de situatie voordoet dat bewijsmateriaal dat redelijkerwijs verwacht mocht worden, ontbreekt* (paragraaf 5.6.5).
46. Wanneer bewijsmateriaal dat redelijkerwijs verwacht mag worden, ontbreekt, mag de rechter niet tot een positieve bewijsbeslissing komen (paragraaf 5.6.5).
47. Een partij is in het leveren van tegenbewijs geslaagd, als uit het bewijsmateriaal even goed kan worden afgeleid dat zich heeft voorgedaan wat die partij stelt met betrekking tot dat feit, als dat zich heeft voorgedaan wat de wederpartij met betrekking tot dat feit stelt (paragraaf 5.6.5).
48. Er is geen noodzaak om gebruik te maken van een afzonderlijke maatstaf voor het aannemelijk zijn van feiten (paragraaf 5.7).
49. De rechter dient de regels van bewijslastverdeling niet als een onveranderlijk gegeven te beschouwen. Zowel de verzwaarde stelplicht als een wettelijk of jurisprudentieel bewijsvermoeden bieden een instrument om zonodig in het belang van waarheidsvinding tegemoet te komen aan een partij die buiten haar schuld in bewijsnood verkeert (paragraaf 5.8).

*Getuigenbewijs*

50. De rechterlijke overtuiging biedt geen bruikbare maatstaf bij de waardering van getuigenbewijs (paragraaf 6.3).
51. De rechter dient getuigenverklaringen met behoedzaamheid tegemoet te treden (paragraaf 6.4).
52. De rechter moet de getuige altijd vragen naar de wijze waarop hij betrokken is bij de procedure en daarvan melding maken in het proces-verbaal (paragraaf 6.5).
53. Ook moet de rechter de getuige altijd vragen waaraan hij zijn kennis over het probandum ontleent (paragraaf 6.6.1).

54. De rechter moet niet te snel oordelen dat uitlatingen van de getuige of vragen van de advocaten aan de getuige, niet relevant zijn voor het probandum (paragraaf 6.6.1).
55. De rechter moet bij vermeende inconsistenties, leemtes of onduidelijkheden in de verklaring van de getuige altijd doorvragen (paragraaf 6.6.2 en 6.6.4).
56. Het proces-verbaal van getuigenverhoor dient geen samenvatting van de verklaring van de getuige te bevatten, maar een zo precies mogelijke weergave van de antwoorden die de getuige op de vragen van rechter en advocaten heeft gegeven. Ook de gestelde vragen dienen te worden vermeld (paragraaf 6.6.2).
57. De rechter zou bij het getuigenverhoor moeten worden bijgestaan door een ervaren notulist (paragraaf 6.6.2).
58. De rechter moet terughoudend zijn bij het maken van gevolgtrekkingen uit het ontbreken van verhalende kracht (narratieve coherentie) van een getuigenverklaring (paragraaf 6.6.4).
59. Wanneer het proces-verbaal van getuigenverhoor een nauwkeurig verslag geeft van de verklaringen van de getuige en eventuele bijzonderheden die zich tijdens het verhoor hebben voorgedaan, is er geen reden de bepaling van art. 155 Rv toe te passen bij het getuigenbewijs (paragraaf 6.6.5).
60. Aan de hand van de criteria relevantie, consistentie, kwaliteit en coherentie kan de rechter een inschatting maken van de waarheidsgetrouwheid van getuigenverklaringen (paragraaf 6.7).
61. Er is geen reden om voor het beginsel van de vrije bewijskracht van getuigenverklaringen een uitzondering te maken voor de verklaring van de partijgetuige (paragraaf 6.8).
62. Beslissingen over de waardering van getuigenbewijs zouden meervoudig moeten worden genomen (paragraaf 6.9).

#### *Deskundigenbewijs*

63. In epistemologisch opzicht bestaat er geen principieel verschil tussen een getuigenklaring en een deskundigenbericht (paragraaf 7.2).
64. Ook in procesrechtelijk opzicht is er geen principieel verschil tussen een getuigenverklaring en een deskundigenbericht (paragraaf 7.3).
65. Er is geen rechtvaardiging voor het thans bestaande verschil in benadering door de rechter van een verzoek om een getuigenverhoor en een verzoek om een deskundigenbericht (paragraaf 7.4).
66. De rechter dient, anders dan nu het geval is, niet geheel vrij te zijn bij de beslissing om een deskundigenbericht in te winnen (paragraaf 7.4).
67. De rechter moet in beginsel overgaan tot het inwinnen van een deskundigenbericht, wanneer sprake is van voor de beslissing relevante feiten, waarvoor de vaststelling specialistische kennis vereist, tenzij de rechter deze kennis op andere wijze kan verkrijgen (paragraaf 7.5).

68. De rechter moet niet als voorwaarde voor het inwinnen van een deskundigenbericht stellen dat partijen eerst zelf een partijdeskundigenbericht in de procedure brengen (paragraaf 7.5).
69. De rechter dient geen gebruik te maken van eigen specialistische kennis (paragraaf 7.5).
70. Als partijen het eens zijn over de benoeming van een bepaalde deskundige, dient de rechter die deskundige te benoemen (paragraaf 7.7.1).
71. Het vragen van een *disclosure statement* aan de deskundige geeft partijen en de rechter meer mogelijkheden om zicht te krijgen op de vereiste onafhankelijkheid en deskundigheid van de deskundige (paragraaf 7.7.1 en 7.7.2).
72. Ter bevordering van de kwaliteit van de vraagstelling aan de deskundige kan het aangewezen zijn om de deskundige te betrekken bij de formulering van de vraagstelling (paragraaf 7.8).
73. Wanneer een deskundigenbericht voldoet aan de criteria van relevantie, kwaliteit, consistentie en coherentie, kan de rechter in beginsel uitgaan van de deugdelijkheid van het bericht (paragraaf 7.9).
74. In sommige gevallen zal de rechter ook de door de deskundige gehanteerde methodologie moeten toetsen (paragraaf 7.10).





## Summary

### Concluding Remarks: Establishing Facts between Truth and Uncertainty

#### 1 Truth as a Point of Reference for the Judge

Finding the truth is such an important part of a procedure that it can be regarded as one of the principles of procedural law. A proper judicial ruling requires that the judge applies the correct legal rules, but a sound assessment of the facts is the issue all else hinges on. Facts are the foundation for a judicial ruling and such a foundation cannot be allowed to contain flaws or errors. Improper assessment of the facts removes one of the essential premises for a just judicial ruling and diminishes the legitimacy of such a ruling, which is reduced to no more than a hypothetical judgement on a case, based not on facts but on fiction. Administration of justice should be based on reality as that is what lends authority to a judicial ruling. This makes finding the truth or rather: *finding the material truth* a core value or principle of civil procedural law.

The above constitutes the unifying theme of this dissertation: the overwhelming importance of finding the truth in a procedure. Gathering facts as thoroughly and correctly as possible is one of the primary tasks of a judge.

The phrase ‘as possible’ implies that full and correct finding of fact will not always be possible. To put it more plainly: a certain degree of uncertainty is inherent in the gathering of facts in a procedure. This does not mean that finding the truth is impossible and should be abandoned as a goal, but rather that achieving certainty is impossible. The truth is a *point of reference* for the judge, a goal towards which they should strive while investigating the facts. That this truth is not absolute and may be impossible to find does not diminish that. Abandoning the truth as a beacon for a judge would make factfinding – and with it the administration of justice – into an arbitrary matter. Without the truth as a point of reference, without a substantial goal, the procedure would exist merely for procedure’s sake.

The importance of finding the truth transcends mere achievement of a result. The *procedure* of finding that truth is important as well, because it gives parties

an opportunity to participate. As Article 6 ECRM states, finding the truth in a procedure must always occur with and by parties. Parties can only become an integral part of the process when they are heard and given the opportunity to offer up evidence. This is the procedural side of finding the truth.

Finding the truth is the guiding principle of procedures for appellate judges as well, which implies that denying parties the chance to offer up new positions or new data on appeal is anathema. An appeal should offer a full resit and appellate judges must ensure that the facts are presented as completely and correctly as possible. 'Funnelling' the procedure reduces its ability to find the truth.

The importance of finding the truth is expressed outside of evidential procedures as well. Procedures which do not involve proof because parties do not offer up evidence – which is the case in the vast majority of procedures –, also require that the judge strives to ascertain the facts as correctly and fully as possible. Only active judges can perform that task competently.

## 2 An Active Judge

The principle of finding the truth requires an active judge. Civil judges are not passive and constantly ensure that the importance of finding the truth is placed front and centre in the procedure. This makes the judge responsible for a proper finding of the facts: judges are required to apply procedural law in such a way that fact-finding is done as completely and fully as possible.

The *comparitie na antwoord*, as the hearing is known in Dutch civil procedure, is an important tool for the judge in that regard. Judges not only listen to parties, but ask their own follow-up questions as well. The judge investigates whether the claim put forth by the plaintiff fits the goal they are trying to achieve with the procedure. The judge verifies which facts parties agree on and which are disputed. The judge only assumes certain facts are true when both parties obviously agree on them. Finding of fact merely because they are 'not disputed' is more than just mechanically crossing off items on a list.

An active judge ensures that parties cannot get away with half truths or full lies. The obligation of truth as set out in article 21 Rv (Dutch Code of Civil Procedure) requires parties to present the facts and their accompanying information or data completely and honestly. When either party takes up an unclear or incredible position, or neglects to present documents, the onus is on the judge to ask for clarification or to order that those documents are entered into the procedure. This is all the more true when the opposing party is aware that facts or data are being withheld from the procedure.

An active judge also tries to bring the narrative to light, which is often buried underneath the paperwork, so that an understanding can be formed of what is really at stake for parties. The judge investigates uncertainties or holes in the stories told by parties. If necessary, the judge takes the initiative to acquire more factual

information from parties, so that their material legal positions can be properly addressed. This means that, if necessary, judges can supplement the facts.

That judges must take an active role in finding the truth also means that judges need to make *room* for finding the truth in a procedure. Judges should strive to rise above the mere argumentative finding of fact ('insufficiently claimed' or 'claimed and insufficiently contradicted') and really involve themselves in fact-finding. This requires that the judge talk to parties, as that reduces the risk of important facts falling by the wayside, that incorrect facts are assumed to be true, or that the judge misunderstands the nature of the dispute between parties.

Furthermore, judges should provide ample opportunity to present evidence. Not merely when either party asks for it, but at their own initiative as well. When facts are unclear or disputed, judges need to ensure that additional evidence such as witness statements, clarifying documentation or expert testimony is presented. Even verbal clarification from one of the parties can be enough to make the facts clear. Judges have a leading role here: they should invite parties to participate in finding the truth and ensure that fact-finding is done as completely and correctly as possible. Because even though *presenting* facts is mostly on parties, *finding* those facts is the obligation of judges, which is why the judge is responsible for finding of fact. The law offers them a broad range of instruments to that end, so judges have all they need to acquit themselves of their responsibility.

The judge ensuring that the procedure offers enough scope for finding the truth implies that when deciding on various procedural aspects – whether or not to allow pleas, whether or not to hear witnesses, whether or not to ask for a piece of evidence – more weight is given to finding the truth than to other interests involved in the case. Finding the truth is an *important interest* and should therefore prevail over others, especially that of a speedy procedure. A ruling which is based on thorough fact-finding is to be preferred over a speedy ruling in which the facts remain murky or even are incorrect.

### 3 Setting Standards for Judicial Powers

The truth can only be properly brought to light if the judge takes an active role and makes room in the procedure for fact-finding. Such an active approach will in part depend on the methods of each individual judge when procedural law presents them, as is so often the case, with choices in concrete cases. The law offers ample tools for a judge to take an active role in finding the truth, but it is up to individual judges to use them.

Jurisprudence can be an important guide for the judge in that regard. For example, jurisprudence resulted in the rule that a judge is required to accept a relevant and concrete offer to provide evidence from witnesses, a rule which is very important to the way in which a judge makes use of their authority to hear witnesses. This rule *sets a standard* for a judicial power; it can be assumed that

without this rule, judges would hear (even) fewer witnesses than they do now.<sup>1</sup> This makes this rule indispensable for finding the truth. Because finding the truth is not the only interest at stake in a procedure, and because those various interests can be at odds with each other, judges need standardised powers rather than discretionary powers.

A comparable standard should be set for the judicial powers of allowing documentary evidence and for gathering expert testimony. Not only to further finding the truth, but because those give the judge a guideline for procedural decisions as well. Furthermore, standardised powers increase the predictability of judicial decisions.

In the case of documentary evidence, using the same standard as allowing witness testimony is an obvious choice: when a party offers to enter documentary evidence into the proceedings and the offer is both concrete and relevant, the judge should honour it.

The following standard was suggested for expert testimony:

*In principle, the judge should endeavour to gather expert testimony when specialist knowledge is required to establish facts relevant to the decision, except when the judge can gather that knowledge via another method.*

Using that standard should make it less noncommittal and less subject to their personal and individual judgement for judges to gather expert testimony.

A standardised power would be quite useful in ruling on evidence as well. The law does not provide a standard for assessing evidence and gives free rein to the judge in deciding whether or not a party was successful in providing its evidence. This makes ruling on evidence a rather subjective matter, depending on the personal opinions of judges and unfathomable for parties. Setting a standard for evidentiary decisions makes them more widely applicable, and allows those decisions to rise above a mere personal opinion of an individual judge. Decisions regarding evidence can be more thoroughly motivated, which benefits their clarity and quality. This book therefore presents a proposal for a more intersubjective standard for assessing evidence:

*Civil judges regard a fact as proven when the available evidence can reasonably result in the conclusion that the fact occurred, and the available evidence cannot reasonably lead to the conclusion that what the other party states with regards to that same fact occurred, and no evidence is missing which can reasonably be expected to be available.*

1 Which is the precise reason why toning down that jurisprudence is a frequent topic of debate.

This standard benefits finding the truth, especially because it makes discussing whether or not stated facts are proven easier.

Following from this proposal for a standard for evaluating evidence, criteria were drafted which judges can use when evaluating witness and expert testimony. The criteria which a judge can use when evaluating evidence are *relevance*, *consistency*, *quality*, and *coherence*. These benchmarks provide a foundation for judges to base their evaluation of the evidence on, and enable more insight into the decision process when evaluating evidence.

A modern standard for evaluating evidence should leave no room for the personal beliefs of a judge, in the same way that the criteria for evaluating evidence should leave no room for the benchmark of believability. These are vague concepts, which can either be translated into the proposed standard or benchmarks without adding anything substantive, or are subjective to such an extent that they cannot form a proper basis for useful arguments in a judicial ruling on the evidence.

Standardising judicial powers or offering viewpoints which the judge can use to come to a decision have long since become commonplace in material law. This dissertation showed that procedural law also requires standardisation of judicial powers.

#### **4 Certainty is not Achieved**

The judge is tasked with shaping the procedure in such a way that the interest of finding the truth is addressed to the fullest extent, as this enables the judge to establish the facts as fully and correctly as possible and because it contributes to the procedural interest of finding the truth. As said before, however, this does not guarantee that the facts as established by the judge indeed reflect the true nature of events. Some measure of uncertainty will always remain.

The proposed standard for evaluation – *civil judges regard a fact as proven when the available evidence can reasonably result in the conclusion that the fact occurred, and the available evidence cannot reasonably lead to the conclusion that what the other party states with regards to that same fact occurred, and no evidence is missing which can reasonably be expected to be available* – already reflects that uncertainty remains. Even when the available evidence only marginally supports the fact in question over the position of the opposition (and no evidence that can reasonably be expected is missing), the judge is obliged to consider the fact in question as proven. This indicates a wide margin of uncertainty in judicial findings of fact.

However, it should be considered that this margin of uncertainty is not significantly larger than it would be when, as is the case in the vast majority of cases, the judge neglects a real decision on the evidence. Finding facts without considering evidence results in even more uncertainty with regards to the established facts. Whether or not the common method of 'insufficiently claimed' or 'claimed and insufficiently contradicted' offers a sound foundation for deciding on the

correctness and completeness of facts is doubtful at best. With this argumentative method for establishing fact, judges really are mainly concerned with gauging the quality of work delivered by counsel. Finding the truth takes a back seat. Various reasons can be given for the uncertainty involved in judicial evidentiary decisions.

Firstly, a certain measure of uncertainty is inherent in all such decisions. Not only in the case of judicial evidentiary decisions, but in other decisions concerning evidence as well, due to the inductive nature of evidentiary reasoning and the specific properties of that reasoning.

Secondly, judicial evidentiary decisions especially often involve doubtful evidence. The facts in the procedure are almost always '*lost facts*', which immediately presents problems for supplying evidence. Offering evidence for particular facts can be difficult in other ways as well, for example proving whether or not a verbal agreement exists. Furthermore, even judges who take an active role and who direct the process of finding out the truth to a certain extent are dependent on parties. If a party remains silent or destroys evidence, there is little a judge can do about it. In addition, few guarantees exist for the quality of evidence offered in legal procedures. Coming to an evidence-based decision on the facts is therefore no easy task for judges. One clear example are witness statements, as the judge has no way of establishing whether or not these are truthful. Judges can do no more than try to estimate how truthful statements are. Certainty is not achievable here either.

Thirdly, the fact that finding the truth is embedded in the procedure carries its own set of problems. For example, the whole process will have to be resolved in a limited timeframe, as a decision has to be made. That obligation does not disappear when the judge fails to establish the facts because not enough evidence exists. The remaining uncertainty with regards to the facts works to the disadvantage of the party with the burden of proof in those cases.

Fourthly and lastly, deciding on the evidence is the final act of finding the truth and is therefore *definitive*: adjusting and fine-tuning hypotheses, as is done in other fields where facts are researched, is impossible. For finding out the truth, this means that no options exist to reduce the margin of uncertainty in evidentiary decisions over time, or to strengthen the foundation of evidentiary decisions. All these factors contribute to the uncertainty involved in establishing facts in a procedure. A certain level of uncertainty in establishing facts is therefore unavoidable. The far-reaching nature of a judicial decision – not only for parties involved, but in a wider sense as well – does require the judge to use all available options for finding out the truth and to remove uncertainty as much as possible. Procedural limits that judges are confronted with should not be regarded as an inherent flaw, but rather as an opportunity to ask oneself how the interest of finding out the truth can be served to the fullest extent possible.

## 5 Judicial Fact-Finding in Theses

In this dissertation, a number of theses are formulated and defended. The most important of these are summed up below. An explanation of an argument supporting these theses can be found in the accompanying paragraph.

### *Establishing facts and the process of judicial construction.*

1. Selecting relevant facts cannot be regarded separately from the judicial decision at hand and the choices that the judge makes to reach it (Paragraph 1.4 and 1.6).
2. Selecting relevant facts and establishing facts are both part of the process of judicial construction (Paragraph 1.7).
3. The way the judge establishes facts is based on spurious evidentiary decisions in the vast majority of cases: the judge establishes facts based on an analysis of the theses and evidence presented by parties, without regard for the true nature of the evidence in itself (Paragraph 1.5).
4. From the perspective of finding out the truth, it would be preferable if the judge first decides on the evidence and finds on the facts only after evidence has been presented (Paragraph 4.5.2).

### *Finding the truth*

5. The obligation towards truth not only relates to presenting the facts as completely and truthfully as possible, but also to present the data supporting the posited facts as completely as possible (Paragraph 2.4.1).
6. Finding the truth should be regarded as one of the principles of civil procedural law (Paragraph 2.6).
7. The principle of finding the truth not only serves the results, but the process of finding the truth as well. This gives this principle a material and a procedural aspect (Paragraph 2.5).
8. Civil law is not 'merely' concerned with formal truth, as the civil judge strives to achieve material truth as well (Paragraph 2.7).
9. The procedure would lose direction if finding the truth is seen as merely procedural (Paragraph 4.2).
10. The obligation towards truth not only requires parties to present the facts truthfully, but also as completely as possible (Paragraph 3.4).
11. The obligation towards truth prohibits parties from presenting facts as they see fit (Paragraph 3.4).
12. The obligation towards truth does not mean that parties cannot give their own view of the facts, but it does prohibit them from presenting untruths or from withholding relevant facts. Therefore, the obligation towards truth relates primarily to integrity and precision (Paragraph 3.5).
13. The most important consequence of the fact that finding the truth in a judicial setting is embedded in procedure, is that the search for truth should always



result in a judicial decision, which gives the search for truth within a procedure a definitive and singular nature (Paragraph 4.3).

14. Pre-procedural acts, such as a preliminary witness interview or expert testimony, serve the interest of finding the truth (Paragraph 4.4).

#### *Party autonomy*

15. Procedural autonomy for parties primarily means that parties have freedom to choose whether or not to sue and freedom to choose whom to sue; freedoms which exist primarily for plaintiffs rather than defendants (Paragraph 3.2).
16. Another aspect of party autonomy is that parties can formulate the dispute, in which the framework for finding the truth is determined (Paragraph 3.2).
17. Party autonomy largely loses meaning from the moment parties enter the procedure, except for the freedom parties have to end a procedure; party autonomy has no effect *within* a procedure (Paragraph 3.4).
18. The rule that judges must assume that an undisputed fact is true should only be used when both parties agree on that fact. If necessary, judges should investigate whether or not this is the case (Paragraph 3.4).
19. That judges must regard an undisputed fact as true is largely a practical issue and does not diminish the importance of finding the truth (Paragraph 3.4).
20. Judge should not regard facts presented by parties are true when they are suspected to be false (Paragraph 3.7).

#### *Active judge*

21. Judges should have more powers to involve third parties in a procedure when the interest of finding the truth requires it (Paragraph 3.3).
22. The judge is charged with ensuring, within the boundaries of the dispute as defined by parties, that the material legal position of parties and the interest of finding the truth are both served so that an acceptable decision can be found (Paragraph 3.7 and 3.8).
23. The judge must find the story underneath the statements of parties to ascertain the meaning of the facts they present. Judges should only formulate their own view on events after investigating the stories as told by parties, as a prelude for the decision they have to take (Paragraph 3.6 and 3.7).
24. The investigative powers assigned to judges for the benefit of finding the truth, presuppose that the judge has the freedom to complement the facts as stated by parties if necessary (Paragraph 3.7).
25. When parties fail to present facts or data relevant to the decision, it is the responsibility of the judge to investigate further to ensure that the final decision is made on a complete and correct factual basis (Paragraph 3.7).
26. Judges should themselves complement the legal facts if necessary to do justice to the material legal positions of parties, provided parties had an opportunity to present their view on those facts and also provided that parties do not both object (Paragraph 3.8).

27. Judges should more often order a witness examination (Paragraph 4.6).
28. Judges should compensate for inequality not only in administrative procedural law, but in civil procedural law as well (Paragraph 3.8).
29. When awarding the costs for a procedure, judges should be more aware of the methods used by parties in that procedure, such as unnecessary appeals, failing to tell the truth or unnecessary delays in presenting data (Paragraph 4.5 and 4.6).

*Limiting procedural obstacles*

30. Judges should not strictly adhere to the funnel-shaped process of finding the truth in a procedure (Paragraph 4.5).
31. When new information of data reveal themselves after the hearing, judges should give parties an opportunity to respond and reply (Paragraph 4.5.2).
32. Even facts that are presented late in the procedure should be involved in the decision if they are important to finding the truth (Paragraph 4.6).

*Appeal*

33. In principle, appeals should always involve a verbal hearing (Paragraph 2.4.6).
34. Limiting the resit value of appeals does not benefit finding the truth (Paragraph 4.5.2).

*Finding the truth and other interests*

35. The importance of finding the truth in principle outweighs the interest of a speedy procedure (Paragraph 4.6).
36. A separate procedure should be created enabling judges to investigate whether or not an appeal based on the confidentiality of information is justified (Paragraph 4.7.2 and 4.7.5).
37. Judges need to be more aware of data missing from the case and, when asked to or on their own accord, order parties to enter missing data into the procedure (Paragraph 4.7.4).
38. A disclosure system is unnecessary when judges make broader use of the existing options to gather all relevant data from (third) parties (Paragraph 4.7.4).
39. An absolute functional right of non-disclosure is at odds with the interest of finding the truth (Paragraph 4.7.7 and 4.7.8).
40. The interest of finding the truth does not demand that judges use illegally obtained evidence (Paragraph 4.8).

*Evidence and the standard for assessing evidence*

41. Methods for providing legal evidence are not fundamentally different from providing evidence in other disciplines (Paragraph 5.2).
42. All decisions on evidence, including those made by a judge, are inherently uncertain (Paragraph 5.3).

43. A quantified judicial standard for assessing evidence is impossible (Paragraph 5.5).
44. Judges can come to a sound decision on evidence based on the benchmarks relevance, quality, scope of the evidence, and alternative hypothesis (Paragraph 5.6).
45. The following standard for assessing evidence can be used by judges:  
*Civil judges regard a fact as proven when the available evidence can reasonably result in the conclusion that the fact occurred, and the available evidence cannot reasonably lead to the conclusion that what the other party states with regards to that same fact occurred, and no evidence is missing which can reasonably be expected to be available* (Paragraph 5.6.5).
46. Judges may not positively find on the evidence when evidence that can reasonably be expected to be present is missing (Paragraph 5.6.5).
47. A party is successful in supplying evidence to the contrary when the evidence can be used to support both parties' explanation regarding a fact (Paragraph 5.6.5).
48. A separate standard for credible facts is unnecessary (Paragraph 5.7).
49. Judges should not regard the rules for dividing the burden of proof as immutable. Both the weighted obligation to provide evidence and a legal or jurisprudence-based presumption of fact offer instruments to address the interest of finding the truth by supporting a party that lacks evidence through no fault of its own (Paragraph 5.8).

#### *Witness testimony*

50. Judicial opinion does not offer a usable standard to evaluate witness testimony (Paragraph 6.3).
51. Judges should approach witness testimony with caution (Paragraph 6.4).
52. Judges should always ask witnesses about how they became involved in the procedure and note their answers in the records (Paragraph 6.5).
53. Furthermore, judges should always ask witnesses to explain where their knowledge regarding the factum probandum comes from (Paragraph 6.6.1).
54. Judges should not be too quick to regard witness statements or questions counsel asks the witness as irrelevant to the factum probandum (Paragraph 6.6.1).
55. Judges should always ask clarifying questions when the witness statement leaves inconsistencies, gaps, or obscurities (Paragraph 6.6.2 and 6.6.4).
56. The records of a witness examination must precisely as possible list the answers of the witness to questions posed by the judge and counsel, rather than be a summary of the witness statement. The questions asked must be recorded as well (Paragraph 6.6.2).
57. Judges should be assisted by an experienced registrar when hearing witnesses (Paragraph 6.6.2).

58. Judges should be careful in drawing conclusions based on a lack of narrative coherence in a witness statement (Paragraph 6.6.4).
59. When the records of a witness statement accurately reflect what the witness said as well as everything notable that occurred during the hearing, there is no reason to apply the provisions of article 155 Rv to the witness testimony (Paragraph 6.6.5).
60. A judge can ascertain how truthful witness testimony based on the criteria of relevance, consistency, quality, and coherence (Paragraph 6.7).
61. Judges are free in assigning probative value to evidence and there is no reason to make an exception for witness testimony supplied by either party here (Paragraph 6.8).
62. Decisions regarding the weighing of witness testimony should be made by a full court (Paragraph 6.9).

*Expert testimony*

63. From an epistemological standpoint witness and expert testimony are not fundamentally different (Paragraph 7.2).
64. Witness and expert testimony are not fundamentally different from a procedural standpoint either (Paragraph 7.3).
65. No justification can be found for the different ways in which judges approach a request for expert testimony and a request for witness testimony (Paragraph 7.4).
66. Judges should not be completely free in deciding whether or not to acquire expert testimony, the way they are now (Paragraph 7.4).
67. In principle, the judge should endeavour to gather expert testimony when establishing facts relevant to the decision requires specialist knowledge, except when the judge can gather that knowledge via another method (Paragraph 7.5).
68. Judges should not require parties to supply their own expert testimony as a precondition for the judge gathering expert testimony themselves (Paragraph 7.5).
69. Judges should not apply their own specialist knowledge (Paragraph 7.5).
70. When parties agree on what expert to call on, the judge should call on that expert (Paragraph 7.7.1).
71. Requiring a disclosure statement from experts gives parties and judges more options to ascertain the independence and expertise of the expert witness (Paragraph 7.7.1 and 7.7.2).
72. It may be necessary to involve the expert in formulating questions for the hearing to improve their quality (Paragraph 7.8).
73. In principle, judges can assume the soundness of expert testimony when it meets the criteria of relevance, quality, consistency, and coherence (Paragraph 7.9).
74. In some cases the judge will have to examine the experts' methods as well (Paragraph 7.10).



## Lijst van aangehaalde literatuur

### A

- D.J.C. Aben (2010), De facto. In: *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* (2010) p. 223-232.
- Adviescommissie voor het burgerlijk procesrecht (2003), Advies over het Interimrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht. In: *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* (2004) p. 2-9.
- Adviescommissie voor het burgerlijk procesrecht (2008), *Advies over gegevensverstrekking in burgerrechtelijke zaken*. Te vinden op de website van het Ministerie van Justitie.
- M.J.A.M. Ahsmann (2010), Bewijs: verschuiving van 'bewijzen' naar 'stellen'? In: *Bewijsrecht. Preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht*, p. 13-27. Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.
- E. van den Akker (1999), *Informatieplichten van dienstverleners*. Deventer: Kluwer 1992.
- A.J. Akkermans (2004), De beoordeling van het verzoek om een voorlopig deskundigenbericht, in het bijzonder bij wijze van contra-expertise in een letselschadezaak. In: *Aansprakelijkheid Verzekering en Schade* (2004) p. 91-99.
- ALI/UNIDROIT Principles and Rules of Transnational Civil Procedure. As Adopted and Promulgated by the American Law Institute at Washington, D.C., U.S.A., May 2004 and by UNIDROIT at Rome, Italy, April 2004*. Cambridge: Cambridge University Press 2006.
- Michal Alberstein (2002), *Pragmatism and Law. From philosophy to dispute resolution*. Hampshire/Burlington: Ashgate Publishing Company 2002.
- Benoît Allemeersch (2007), *Taakverdeling in het burgerlijk proces*. Antwerpen/Oxford: Intersentia 2007 (proefschrift).
- Benoît Allemeersch (2004), Valsheid en andere leugens in burgerlijk proces en bewijs. In: Liber Amicorum TPR en Marcel Storme. *Tijdschrift voor Privaatrecht* (2004) p. 29-68.
- Ronald J. Allen en Brian Leiter (2001), Naturalized epistemology and the law of evidence. In: *Virginia Law Review* 87 (2001) p. 1491-1550.
- Ronald J. Allen en M.S. Pardo (2003), Facts in Law and Facts of Law. In: *The International Journal of Evidence and Proof* 7 (2003) p. 153 e.v.
- David Werner Amram (1990), The Judgement of Solomon. In: *Law. A Treasury of Art and Literature* (ed. Sara Robbins). New York: Hugh Lauter Levin Associates, Inc. 1990.
- A.G.F. Ancery (2009), Reformatio in peius of ambtshalve toetsing? Over plichten, effectiviteit en nationale procedurele autonomie. In: *Maandblad voor Vermogensrecht* (2009) p. 52-56.
- Terence Anderson, David Schum en William Twining (2005), *Analysis of Evidence* (second edition). Cambridge: Cambridge University Press 2005.

- Neil Andrews (2009), A Modern Procedural Synthesis. The American Law Institute and UNIDROIT's Principles and Rules of Transnational Procedure. In: *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* (2009) p. 52-57.
- Neil Andrews (2005), The New English Civil Procedure Rules (1998). In: *European Traditions in Civil Procedure* (red. C.H. van Rhee), p. 161-180. Antwerpen/Oxford: Intersentia 2005.
- Neil Andrews (2003), *English Civil Procedure. Fundamentals of the New Civil Justice System*. Oxford: Oxford University Press 2003.
- F.R. Ankersmit (1996), *De spiegel van het verleden*, Kampen: Kok Agora 1996.
- G.E.M. Anscombe (1958), On Brute Facts. In: *Evidence and Proof* (eds. William Twining en Alex Stein) p. 245-248. Aldershot: Dartmouth Publishing 1992.
- Asser/Anema & Verdam (1953), *Mr C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Vijfde deel – Van bewijs* (5<sup>e</sup> druk). Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1953.
- Hugo Arlman (2009), Geheimen zijn niet altijd geheim. De Staat vs. De Telegraaf. In: *Nederlands Juristenblad* (2009) p. 2421-2423.
- Asser/Hartkamp & Sieburgh (2010), *Mr C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Deel 6 III\*. Algemene leer der overeenkomsten* (13<sup>e</sup> druk). Deventer: Kluwer 2010.
- W.D.H. Asser (2010), Burgerlijk (proces)recht: bewijs in het spanningsveld tussen rechter en partijen. In: *Bewijsrecht: het bewijs geregeld? Preadvies voor de Nederlandse Vereniging Voor Rechtsvergelijking* (W.D.H. Asser, J.F. Nijboer, Y.E. Schuurmans), p. 11-60. Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2010.
- W.D.H. Asser (2007), Bewijsrecht. In: *Burgerlijk procesrecht praktisch belicht*, vierde druk (red. M.L. Hendrikse en A.W. Jongbloed) p. 239-269. Deventer: Kluwer 2007.
- W.D.H. Asser (2006), Ten afscheid. In: *Bewijzen en beslissen* (red. Y.E. Schuurmans) p. 45 e.v. Leiden: E.M. Meijers Instituut 2006 (afscheidsrede).
- W.D.H. Asser (2004), *Bewijslastverdeling*. Deventer: Kluwer 2004.
- W.D.H. Asser (2003), *Civiele cassatie*. Nijmegen: Ars Aequi Libri 2003.
- W.D.H. Asser (2003 II), De taakopvatting van de civiele rechter. In: *De taakopvatting van de rechter* (red. A.F.M. Brenninkmeijer) p. 27-37. Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.
- W.D.H. Asser (2001), Enkele opmerkingen bij de rol van de deskundige in het civiele procesrecht. In: *De rol van de deskundige in het schaderegelingsproces* (inleidingen gehouden op het symposium van de Vereniging voor Letselschadeadvocaten). Lelystad: Vermande 2001.
- W.D.H. Asser (1999), Da mihi facta – zorg voor feiten in het civiele proces. In: *Nederlands Juristenblad* (1999) p. 1251-1256 (jaarrede NJV).
- W.D.H. Asser (1999-I), Naar een volwassener en minder conflictueuze civiele procesvoering. In: *Verantwoordelijk procederen. Gedachten over een fundamentele vernieuwing van het burgerlijk procesrecht* (preadvies Nederlandse Vereniging voor Procesrecht) p. 7-32. Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1999.
- W.D.H. Asser (1997), Doelstellingen van het burgerlijk procesrecht. In: *Ontwerp aanpassing wetboek burgerlijke rechtsvordering* (red. J.G.A. Linssen en J.B.M. Vranken) p. 5-20. Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.
- W.D.H. Asser (1995), *Rechtspraakoverzicht bewijslastverdeling*, Arnhem: Gouda Quint 1995.

- W.D.H. Asser (1992), *Salomo's wijsheid. Hoor en wederhoor: een rechterlijk oor voor partijen*. Arnhem: Gouda Quint 1992 (rede).
- W.D.H. Asser, H.A. Groen, J.B.M. Vranken, m.m.v. I.N. Tzankova (2006), *Uitgebalanceerd. Eindrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.
- W.D.H. Asser, H.A. Groen, J.B.M. Vranken, m.m.v. I.N. Tzankova (2003), *Een nieuwe balans. Interimrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.
- Robert Audi (2006), Testimony, Credulity, and Veracity. In: *The Epistemology of Testimony* (red. Jennifer Lackey & Ernest Sosa) p. 25-49. Oxford: Oxford University Press.
- Robert Audi (1998), *Epistemology. A Contemporary Introduction to the Theory of Knowledge*. Londen en New York: Routledge 1998.

## B

- F.B. Bakels (2010), Aan de vooravond van de derde van Bruinsma. In: *Nederlands Juristenblad* (2010) p. 543-547.
- Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent (2009), *Hoger beroep*. Asser Serie 4. Deventer: Kluwer 2009.
- W.H. Balekjian (1984), The concept of 'fact' in the physical sciences and in law. In: *Theory of Legal Science* (eds. A. Peczenik et al) p. 183-188. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company 1984.
- Zenon Bankowski (1990), The jury and reality. In: *Law, Interpretation and Reality., Essays in Epistemology, Hermeneutics and Jurisprudence* (ed. Patrick Nerhot) p. 226-250. Dordrecht/Boston/London: Kluwer Academic Publishers 1990.
- J.M. Barendrecht (1992), *Recht als model van rechtvaardigheid. Beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming*. Deventer: Kluwer 1992 (proefschrift).
- J.M. Barendrecht en W.A.J.P. van den Reek (1994), Exhibitieplicht en bewijsbeslag. In: *WPNR* (1994) p. 739-745.
- Brian Barry (1965), *Political Argument*. Londen en Henley: Routledge & Kegan Paul 1965.
- Adolf Baumbach/WolfgangLauterbach/Jan Albers/Pieter Hartmann (2009), *Beck's Kurz-Kommentare, Band I, Zivilprozessordnung miet Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen*. München: Beck 2009.
- Erica Beecher-Monas (2007). *Evaluating Scientific Evidence. An Interdisciplinary Framework for Intellectual Due Process*. New York: Cambridge University Press 2007.
- C.H. Beekhuis (1974), Algemeen bekende feiten, ervaringsregels en eigen wetenschap van de rechter. In: *Verzekeringen van Vriendschap* (Dorhout Mees-bundel) p. 21-36. Deventer: Kluwer 1974.
- C.H. Beekhuis (1960), Het nieuwe ontwerp bewijsrecht. In: *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* (1960) p. 573-600.
- B. van den Berg (1999), *Deskundigheid in het geding. Een vergelijkend onderzoek naar de inbreng van deskundigheid bij de administratieve en civiele rechter*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1999 (proefschrift).
- Victor van den Bersselaar (2007), *Wetenschapsfilosofie in veelvoud. Fundamenten voor onderzoek en professioneel handelen*. Bussum: Uitgeverij Coutinho 2007.
- W. Lance Bennett en Martha S. Feldman (1981), *Reconstructing reality in the courtroom*. Londen: Tavistock 1981.



- Ophelia Benson en Jeremy Stangroom (2006). *Why Truth Matters*. Londen/New York: Continuum 2007 (paperback).
- L. Betten, F. Boelhouwer, J.M. Fleuren-van Walsem, T. van Peijpe en L.A.J. Schut (1997), *Ongelijkheidscompensatie als roode draad in het recht. Liber Amicorum voor prof. mr. M.G. Rood*. Deventer: Kluwer 1997.
- Y.E.M. Beukers (2000), De zoekgeraakte kwitantie en de verdwenen echtgenoot. In: *Van Nederlands naar Europees procesrecht?! Liber Amicorum Paul Meijknecht* (red. E.H. Hondius, A.W. Jongbloed en R.Ch. Verschuur) p. 23-35. Deventer: Kluwer 2000.
- Y.E.M. Beukers (1994), *Eenmaal andermaal? Beschouwingen over gezag van gewijsde en ne bis in idem in het burgerlijk procesrecht*. Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994 (proefschrift).
- Floris Bex (2009), Analysing Stories Using Schemes. In: *Legal evidence and proof: statistics, stories, logic* (red. Hendrik Kaptein, Henry Prakken en Bart Verheij) p. 93-116. Burlington: Ashgate Publishing Company 2009.
- Simon Blackburn (2005), *Truth. A Guide*. Oxford: Oxford University Press 2005
- A.S. de Blécourt (1936), *Historisch en juridisch bewijs*. Groningen, Batavia: J.B. Wolters 1936 (oratie).
- R.H. de Bock (2004-I), *De omvang van het geding*. Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004.
- R.H. de Bock (2004-II), Herkansing in hoger beroep aan banden? Ook mét herkansing kan voortvarend worden geprocedeerd. In: *De Toekomst van het Nederlands burgerlijk procesrecht* (red. M.L. Hendrikse en A.W. Jongbloed) p. 167-191. Deventer: Kluwer 2004.
- R.H. de Bock (2001), Waarheidsvinding in het bestuursrecht. In: *Het procesrecht en de waarheidsvinding* (preadvies Nederlandse Vereniging voor Procesrecht). Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001.
- R.H. de Bock (2000), De toetsing van feiten door de bestuursrechter en het vriespunt van de Afdeling bestuursrechtspraak. In: *Jurisprudentie bestuursrecht plus* (2000) p. 66-172.
- R.H. de Bock (1999), Hoger beroep in het bestuursrecht: herkansing, afvalrace of roulette? In: *Nederlands Juristenblad* (1999) p. 1148-1156.
- T.J.J. Bodewes (2009) *Bewijsbeslag. Grondslag en rechtsgevolgen van het conservatoir beslag tot afgifte van bescheiden*. Tilburg: Celsus juridische uitgeverij 2009.
- Viola Van Bogaert (2005), *De rechter beoordeeld. Over aansprakelijkheid en verantwoordelijkheid in civiel- en staatsrechtelijk perspectief*. Apeldoorn/Antwerpen: Maklu-Uitgevers 2005.
- Paul A. Boghossian (2006), *Fear of Knowledge. Against Relativism and Constructivism*. Oxford: Clarendon Press 2006.
- R. van Boneval Faure (1893), *Het Nederlandsche Burgerlijke Procesrecht*. Deel IV-1. Leiden: E.J. Brill 1893.
- R. van Boneval Faure (1891), Interventie op de jaarvergadering van Nederlandsche Juristen-Vereeniging op 3 juli 1891. Opgenomen in Handelingen van de Nederlandsche Juristen-Vereeniging, p. 7-16. 's-Gravenhage: Gebroeders Belinfante 1891.
- R. van Boneval Faure (1871), *Het Nederlandsche Burgerlijke Procesrecht*. 1<sup>e</sup> deel. Leiden: W.T. Werst 1871.
- H.J. Bonenkamp (2009), Het mediationproces. In: *Handboek Mediation* (red. A.F.M. Brenninkmeijer, H.J. Bonenkamp, K. van Oyen, H.C.M. Prein ) p. 105-134. Den Haag: Sdu Uitgevers 2009.

- W.H. van Boom (2004), Hoe groot is de kans? Over waarschijnlijkheidsoordelen bij ongeval-  
len en hoe juristen ermee omgaan. In: *De rekenende rechter* (red. W.H. van Boom &  
M.J. Borgers) p. 33-54. Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.
- W.H. van Boom, M.L. Tuil en I. van der Zalm (2010), Feiten van algemene bekendheid  
en ervaringsregels – virtuele werkelijkheid? In: *Nederlands Tijdschrift voor Civiele  
Rechtspleging* (2010) p. 36-42.
- W.H. van Boom, M.L. Tuil en W. Dijkshoorn (red.) (2008), *Autonomie en paternalisme  
in het privaatrecht*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008.
- R.J.B. Boonekamp (2003), Bewijsrecht. In: *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* (2003)  
p. 27-30.
- J.E. Bosch-Boesjes (1991), *Lijdelijkheid in geding. Een vergelijkend onderzoek naar de  
mate van zeggenschap van de rechter in de civiele dagvaardings- en verzoekschriftproce-  
dure en in administratieve procedures*. Deventer: Kluwer 1991.
- H.J.M. Boukema (1999), Rechtszekerheid in het burgerlijk procesrecht. In: *Rechtstheorie  
en Rechtsfilosofie* (1999) p. 222-233.
- Danièle Bourcier en Monique Bonis (1999), *Les Paradoxes de l'Expertise. Savoir ou juger?*  
Le Plessis-Robinson: Institut Synthélabo pour le progrès de la connaissance 1999.
- A.F.M. Brenninkmeijer (2006), De strijd om het bewijs. Argumentatie, verhalen en de  
werkelijkheid. In: *Bewijzen en beslissen* (red. Y.E. Schuurmans) p. 3-22. Leiden: E.M.  
Meijers Instituut 2006
- J.J. Brinkhof (1987) Litis finiri oportet. In: *Bocardia in honorem (Afscheidsbundel G.C.J.J.  
van den Bergh)* p. 15-20. Deventer: Kluwer 1987.
- A.P.A. Broeders (2010), 'Begrijpt de rechter wat ik bedoel? Over het gebruik van 'logisch  
correcte' conclusies in het forensisch identificatieonderzoek. In: *Ars Aequi* (2010) p.  
494-498.
- A.P.A. Broeders (2009), De blinde onderzoeker. In: *Trema* (2009) p. 237-243.
- Freek Bruinsma en Reinoud Welbergen (1988), *De Hoge Raad van onderen*. Zwolle: W.E.J.  
Tjeenk Willink 1988.
- H.G. van der Bunt (2002), De onderste steen. Enkele kanttekeningen bij het primaat van  
het strafrecht in de waarheidsvinding. In: *Justitiële Verkenningen* 2 (2002) p. 8-15.

## C

- R.C. van Caenegem (1973), History of European Civil Procedure. In: *Civil Procedure* (ed.  
Mauro Cappelletti), Vol. XVI, Ch. 2, *International Encyclopedia of Comparative Law*,  
Tübingen: J.C.B. Mohr 1973.
- Mauro Cappelletti (1989), *The judicial process in comparative perspective*. Oxford: Claren-  
don Press 1989.
- Mauro Cappelletti (1971), Social and Political Aspects of Civil Procedure – Reforms and  
Trends in Western and Eastern Europe. In: *Michigan Law Review* 69 (1971) p. 847-886.
- J.P.A.N. Caroli (1907), *In hoever behooren de hoofdbeginselen, waarop de burgerlijke  
procedure in eersten aanleg berust, te worden gewijzigd?* Preadvies Nederlandsche  
Juristen-Vereniging, p. 1-125. 's-Gravenhage: F.J. Belinfante 1907.
- J.M.J. Chorus (2004), Het Interim-rapport en de wereld. In: *Commentaren op fundamentele  
herbezinning* (red. P. Ingelse). Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004.
- J.M.J. Chorus (1987), *De lijdelijkheid van de rechter. Historie van een begrip*. Deventer:  
Kluwer 1987 (inaugurele rede).

- S.M. Christiaan en W.J. Hengeveld (2008), Februari-arresten: de patiëntenkaart; Partijen wikken, de deskundige beschikt. In: *Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade* (2008) p. 51-56.
- C.P.M. Cleiren (2010), De rechterlijke overtuiging: een sprong met hindernissen. In: *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* (2010) p. 250-267.
- C.P.M. Cleiren (2009), Het monopolie op de strafrechtelijke waarheidsvinding. Overwegingen over belang en risico's van private 'deskundigen'-inbreng. In: *Strafblad* (2008) p. 272-285.
- C.P.M. Cleiren (2001), Waarheidsvinding in het straproces: niet tot elke prijs. In: *Het procesrecht en de waarheidsvinding (preadviezen Nederlandse Vereniging voor Procesrecht)* p. 9-31. Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001.
- C.P.M. Cleiren (1989), *Beginselen van een goede procesorde. Analyse van rechtspraak in strafzaken*. Arnhem: Gouda Quint 1989 (proefschrift).
- Kevin M. Clermont en Emily Sherwin (2002), A Comparative View of Standards of Proof. In: *The American Journal of Comparative Law* 50 (2002) p. 243-274.
- James Van Cleve (2006), Reid on the Credit of Human Testimony. In: *The Epistemology of Testimony* (red. Jennifer Lackey & Ernest Sosa) p. 50-74. Oxford: Oxford University Press.
- C.A.J. Coady (1992), *Testimony. A Philosophical Study*. Oxford: Clarendon Press 1992.
- L. Jonathan Cohen (1983), Freedom of Proof. In: *Evidence and Proof* (eds. William Twining & Alex Stein) p. 3-23. Aldershot: Dartmouth Publishing 1992.
- L. Jonathan Cohen (1977), *The Probable and the Provable*. Oxford: Oxford University Press 1977 (herdruk 1991).
- B. Connen (1978), Le rôle et la compétence du juge. In: *Towards a Justice with a Human Face. The First International Congress on the Law of Civil Procedure* (eds. Marcel Storme en Hélène Casman) p. 379-403. Antwerpen/Deventer: Kluwer 1978.
- Jan Crijns, Patrick van der Meij & Jeroen ten Voorde (2010), Forensisch onderzoek voor 'Dummies'. Hoe leren de deskundige en de strafrechter elkaar te verstaan? In: *Ars Aequi* (2010) p. 528-537.
- H.F.M. Crombag (2006), Over tunnelvisie. In: *Trema* (2006) p. 273-279.
- H.F.M. Crombag, P.J. van Koppen en W.A. Wagenaar (2006), *Dubieuze zaken. De psychologie van strafrechtelijk bewijs*, vijfde druk. Amsterdam: Contact 2006.
- H.F.M. Crombag, J.L. de Wijkerslooth en M.J. Cohen (1973), Over het legitimeren van rechterlijke beslissingen. In: *Het rechterlijke oordeel* (red. H.F. Crombag e.a.) p. 3-26. Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1973.
- R.W.J. Crommelin (2007), *Het aanvullen van de rechtsgronden. De betekenis van art. 8:69 Awb in het licht van art. 48 (oud) Rv*. Alphen aan den Rijn; Kluwer 2007 (proefschrift).

## D

- Mirjan R. Damaška (1986), *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process*. New Haven en Londen: Yale University Press 1986.
- L.J.A. Damen, H.E. Bröring, K.J. de Graaf, A.T. Marseille, A.J.G.M. van Montfort, P. Nicolai, B.J. Schueler, H.B. Winter (2009), *Bestuursrecht deel 2. Rechtsbescherming tegen de overheid. Bestuursprocesrecht*, derde druk. Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.
- L.J.A. Damen (2005), De bestuursrechter. Van materiële waarheidsvinder naar marginaal toetsende achteroverleuner? In: *Partijautonomie of materiële waarheidsvinding? Bijdra-*

- gen afscheidssymposium G. Knigge d.d. 15 september 2005. Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.
- L.J.A. Damen (2000), De bewijsfuik. Hoe en wanneer moet een oud-mijnwerker zijn silicose bewijzen? In: *Ars Aequi* (2000) p. 61-69.
- L.J.A. Damen (1999), Rechtsvorming door de bestuursrechter onder de Awb. In: *Vijfjaar JB en Awb* (red. F.A.M. Stroink e.a.) p. 9-37. Den Haag: SDU uitgevers 1999.
- E.M. Deen (2009), De patiëntenkaart en de beschikkingen van de Hoge Raad van 22 februari 2008. In: *Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade* (2009) p. 4147.
- T. Derksen (2010), Valkuilen van de alledaagse waarheidsvinding in de strafrechtcontext. In: *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* (2010) p. 194-205.
- Jean Devèze (1980), *Contribution a l'étude de la charge de la preuve en matière civile*. Grenoble: Service de reproduction des theses de l'Université des sciences sociales de Grenoble 1980.
- G. Diephuis (1884), *Handboek voor het Nederlandsch Burgerlijk Regt*, eerste deel (3e herziene uitgave). Groningen: J.B. Wolters 1884.
- G. Diephuis (1874), *Het Nederlands Burgerlijk Regt naar de volgorde van het B.W.* Groningen: J.B. Wolters 1874.
- Chr.H. van Dijk (2008), Hoe te beoordelen of de deskundige deskundig is? In: *Schadevaststelling en de rol van de deskundige* (red. G.G. Heslen, S.D. Lindenbergh en G.E. van Maanen). Deventer: Kluwer 2008.
- H.L.G. Dijksterhuis-Wieten (1983), *Waar of niet? Inleiding tot het bewijsrecht in civiele zaken*. Deventer: Kluwer 1983.
- E.J. Dommering (1983), *Het grondrecht op behoorlijke rechtspraak in het Nederlandse civiele recht*. Preadvies Nederlandse Juristenvereniging, Deel I, tweede stuk, p. 155-239. Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1983.
- T.J. Dorhout Mees (1946), *De toekomst van onze burgerlijke rechtspleging*. Haarlem: De erven F. Bohn N.V. 1946 (rede).
- J.H. Drenth (1939), *Bijdrage tot de kennis der historische ontwikkeling van het accusatoire tot het inquisitoire strafproces*. Amsterdam: Noord-Hollandsche Uitgevers Maatschappij 1939.
- Dagmar Dreymuller (2000), *Der Zeugenbeweis im Zivilprozess in common law und im deutschen Recht*. Münster: Fakultät der Westfälischen Wilhelms 2000.
- H. Drion (1966), Bewijzen in het recht. In: *RM Themis* (1966) p. 406-431.
- C.W. Dubbink (1949), In hoeverre behoort de civiele procedure in eerste aanleg te worden gewijzigd? Preadvies voor de Nederlandse Advocaten-Vereniging. In: *Advocatenblad* (1949) p. 135-144.
- M.J. Dubelaar (2008), Nullius in verba: waarheidsvinding en getuigenverklaringen in het strafproces. In: *De waarde van waarheid. Opstellen over waarheid en waarheidsvinding in het strafrecht* (red. J.H. Crijns, P.P.J. van der Meij en J.M. ter Voorde) p. 95-120. Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008.
- R.A.A. Duk (2003), Hoe autoritair wordt de nieuwe civiele rechter? In: *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* (2003) p. 63-69.
- Ronald Dworkin (1986), *Law's Empire*. Londen: Fontana Paperbacks 1986.
- Deirdre Dwyer (2008), *The Judicial Assessment of Expert Evidence*. Cambridge: Cambridge University Press 2008.

E

- Gary Edmond en David Mercer (2004), Experts and Expertise in Legal and Regulatory Settings. In: *Expertise in Regulation and Law* (ed. Gary Edmond) p. 1-31. Londen: Ashgate Publishing 2004.
- J.A.H. Eekhof, S.S.L. Mol en J.C. Pielage (1992), Is doorgaans vaker dan dikwijls; of hoe vaak is soms? In: *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde* (1992) p. 41-42.
- J. Eggens (1951), *De beginselen van het burgerlijk bewijs (Dienen bij overbrenging van het bewijsrecht naar het W.v.B. Rv. de fundamentele beginselen van dat bewijsrecht – zoals lijdelijkheid, bewijslast, vrije of gebonden bewijsleer – te worden herzien?)*. Preadvies voor de Nederlandse Juristen-Vereniging. Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1951.
- J. Ekelmans (2010), *De exhibitieplicht*. Deventer: Kluwer 2010 (proefschrift).
- J. Ekelmans (2007-I), *De exhibitieplicht in kort bestek*. Zutphen: Uitgeverij Paris 2007.
- J. Ekelmans (2007-II), Dient de verplichting om medische bescheiden te verstrekken gebaseerd te worden op art. 843a Rv? In: *Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade* (2007) p. 29-37.
- J. Ekelmans (2005), De exhibitieplicht in de praktijk: de ruime mogelijkheden tot opvragen van bescheiden. In: *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* (2005) p. 59-68.
- J.L.M. Elders (1990), *Waardering van bewijs*. Deventer: Kluwer 1990 (afscheidsrede).
- M.H. Elferink (2004), Onduidelijkheden rondom uitoefening 'blokkeringsrecht' bij medische expertises. In: *Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade* (2004) p. 51-58.
- M.C.D. Embregts (2003), *Uitsluitel over bewijsuitsluiting. Een onderzoek naar de toelaatbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs in het strafrecht, het civiele recht en het bestuursrecht*. Deventer: Kluwer 2003.
- Christoph Engel (2008), *Preponderance of the Evidence versus Intime Conviction. A Behavioural Perspective on a Conflict between American and Continental European Law*. Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods. Bonn: Max Plack Society 2008.
- J.F. Engelbrecht (1887), *De beteekenis van art. 1934 Burg. Wetb.* Den Haag: Mouton & Co. 1887 (proefschrift).
- Karl Engisch (1963), *Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken*. München: Max Hueber Verlag 1963 (voordracht).
- P.C. van Es (2007), Informatieplicht en geheimhoudingsplicht van de notaris. In: *Meer spreken, minder zwijgen? Over geheimhouding, informatieplicht en verschoningsrecht van de notaris*. Preadvies KNB 2007 p. 13-78. Den Haag: Sdu Uitgevers 2007.

F

- F.J. Fernhout (2005), N partijgetuigen – 0 getuigen. In: *Advocatenblad* (2005) p. 482-484.
- F.J. Fernhout (2004), *Het verschoningsrecht van getuigen in civiele zaken*. Deventer: Kluwer 2004 (proefschrift).
- Eveline T. Feteris (1999), *Fundamentals of Legal Argumentation. A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions*. Dordrecht/Boston/Londen: Kluwer Academic Publishers 1999.
- R.J.C. Flach (1988), Inleiding nieuw bewijsrecht. In: *Parlementaire Geschiedenis nieuw bewijsrecht* (bewerking van de inleiding bewijsrecht van D.J. Veegens in de losbladige editie Burgerlijke Rechtsvordering). Deventer: Kluwer 1988.
- M.O.J. de Folter (2009), *Vrijwaring & Interventie*. Deventer: Kluwer 2009.

- M.O.J. de Folter (2001), *Gedwongen tussenkomst*. Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2001 (proefschrift).
- Jerome Frank (1949), *Law and the modern mind* (revised edition). Londen: Stevens 1949.
- Jerome Frank (1950), *Courts on Trial. Myth and Reality in American Justice*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press 1950.
- M. Freudenthal en R.H. van Ooik (2007), Optimale handhaving van het Europese recht in het Nederlandse privaatrecht: invloed op regels van procesrecht en ambtshalve toepassing. In: *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht* (red. A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh en L.A.D. Keus) p. 45-77. Deventer: Kluwer 2007.
- P.A. Fruytier (2009), De leer van de bindende eindbeslissing in dezelfde instantie, in hoger beroep en na verwijzing na HR 25 april 2008, NJ 2008, 553 (De Vries/Gemeente Voorst). In: *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* (2009) p. 93-99.

## G

- A.G. van Galen en H.Th.J.F. van Maarseveen (1978). *Beginnelsen van administratief procesrecht*. Preadvies Vereniging voor Administratief Recht. Alphen aan den Rijn: H.D. Tjeenk Willink 1978.
- S. Gerbrandy (1961), *Het waarheidsprobleem in het burgerlijk procesrecht*. Handelingen van de Vereniging voor Wijsbegeerte des Rechts XXXV (Eerste gedeelte) p. 3-42. Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1961.
- S. Gerbrandy (1952), Rechtspraak over de deugdelijkheid van het verweer in burgerlijke zaken, in: *Nederlands Juristenblad* (1952) p. 369-378 en p. 385-392
- J.P.M. Geurts (1978), *Feit en Theorie. Kernproblemen in de wetenschapsleer*. Tweede herziene druk. Assen: Van Gorcum 1978.
- Jacques Ghestin en Gilles Goubeaux (1990), *Traité de Droit Civil. Introduction Générale*. 3e Édition. Parijs: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence 1990.
- R.W.M. Giard (2009), Waarheidsvinding: worstelen met wijsheid achteraf. In: *Expertise en Recht* (2009) p. 29-33.
- I. Giesen (2001), *Bewijs en aansprakelijkheid. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de bewijslast, de bewijsvoeringslast, het bewijsrisico en de bewijsrisico-omkering in het aansprakelijkheidsrecht*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001 (proefschrift).
- I. Giesen (1999), De bewijswaardering in civiele zaken: vage noties of scherpe normen? In: *Ars Aequi* (1999) p. 623 e.v.
- John Gilissen (1965), La preuve en Europe XVIe au debut du XIXe siècle. In: *La Preuve II: Moyen Age et Temps Modernes* (Recueils de la Société Jean Bodin pour l'Histoire Comparative des Institutions XVII) p. 755-833. Brussel: Librairie Encyclopedique 1965.
- Carlo Ginzburg (1992), *De rechter en de historicus. Kanttekeningen bij het proces-Sofri*. Amsterdam: Uitgeverij Bert Bakker.
- Alvin I. Goldman (1999), *Knowledge in a Social World*. Oxford: Clarendon Press 1999.
- Hendrik Gommer (2007), Onbewuste denkprocessen maken motivering tot noodzaak. In: *Trema* (2007) p. 127-134.
- Peter J. Graham, The reliability of testimony. In: *Philosophy and Phenomenological Research* (2000) p. 695-701.
- E. Gras (1994), *Kracht en gezag van gewijsde. De rechtskracht van einduitspraken van de burgerlijke rechter*. Arnhem: Gouda Quint 1994 (proefschrift).
- E. Gras (2004), De grondslag voor de medewerkingsplicht – en in het bijzonder de mededelingsplicht – van partijen in het burgerlijk proces. Een bijdrage aan de fundamentele

- herbezinning volgens de nieuwe balans. In: *De Toekomst van het Nederlands burgerlijk procesrecht*, p. 167–191. Deventer: Kluwer 2004.
- D.J.M. de Grave (2009), Ambtshalve toetsing door de Europese rechter: een ander perspectief. In: *SEW Tijdschrift voor Europees en economisch recht* (2009) p.
- G. de Groot (2008), *Het deskundigenadvies in de civiele procedure*. Deventer: Kluwer 2008 (proefschrift).
- G. de Groot en A.J. Akkermans (2007), Schadevaststelling, bewijslastverdeling en deskundigenbericht. In: *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* (2007) p. 501-509.
- Willem Grosheide (2005), Het recht om niet in rechte betrokken te worden. In: *Rutgersbundel. Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. G.R. Rutgers* (red. R.J.C. Flach, L.M. Klap-de Nooijer, J.W. Rutgers en E.M. Wesseling-van Gent) p. 123-133. Deventer: Kluwer 2005.
- Käthe Grossmann (1935), Bestaat er een plicht der partijen in het Neerlandsch burgerlijk proces hare verklaringen naar waarheid af te leggen? In: *RM Themis* (1935) p. 503-527.
- A. Grünebaum (1904), *Het karakter van den bewijslast in het burgerlijk geding*. Amsterdam: J.H. de Bussy 1904 (proefschrift).
- Serge Guinchard et Frédérique Ferrand (2006), *Procédure civile. Droit interne et droit communautaire*. Parijs: Dalloz 2006.

## H

- Susan Haack (2009), *Evidence and Inquiry: A Pragmatic Reconstruction of Epistemology*. Second, expanded edition. Amherst, New York: Prometheus Books 2009.
- Susan Haack (2005), Trial and Error: The Supreme Court's Philosophy of Science. In: *Public Health Matters* 95 (2005) p. 66-73.
- Susan Haack (2004), Epistemology legalized. Or, Truth, Justice, and the American Way. In: *Evidence and Inquiry: A Pragmatic Reconstruction of Epistemology* (Susan Haack) p. 361-381. Second, expanded edition. Amherst, New York: Prometheus Books 2009.
- Susan Haack (2003), *Defending Science within Reason. Between Scientism and Cynicism*. New York: Prometheus Books 2007.
- Susan Haack (1993), *Evidence and Inquiry. Toward Reconstruction in Epistemology*. Oxford: Blackwell Publishers 1993.
- W.L. Haardt (1991), Bewijs en Balans. Afweging van belangen in het nieuwe bewijsrecht, in het bijzonder bij 'onrechtmatig verkregen bewijs'. In: *Vorm en Wezen. Opstellen aangeboden aan W.H. Heemskerk*, p. 81-96. Utrecht: Uitgeverij Lemma 1991.
- W.L. Haardt (1970), Kentering in de opvattingen over de hoofdbeginselen van ons burgerlijk procesrecht tussen 1870 en 1970. In: *Honderd jaar rechtsleven. De Nederlandse Juristenvereniging 1870-1970*, p. 137-151. Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1970.
- W.L. Haardt (1951), *De beginselen van het burgerlijk bewijs (Dienen bij overbrenging van het bewijsrecht naar het W.v.B.Rv. de fundamentele beginselen van dat bewijsrecht – zoals lijdelijkheid, vrije of gebonden bewijsleer – te worden herzien?)*. Preadvies voor de Nederlandse Juristenvereniging 1951.
- Jürgen Habermas (1998), *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press 1998. (Oorspronkelijk: *Fäktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag 1992).
- Ian Hacking (1999), *The Social Construction of What?* Cambridge/Londen: Harvard University Press 2000 (paperback edition).

- Jaap Hage (2009), Statische en dynamische rechtsfeiten. In: *Ars Aequi* (2009) p. 91-98.
- H.J. Hamaker (1906), Beschouwingen over bewijsrecht. In: *Verspreide Geschriften*. Deel V en VI, p. 50-144. Haarlem: de Erven Bohn 1912.
- David Hamer (2007), The truth will out? Incoherence and scepticism in 'Foundations of Evidence Law'. In: *The Modern Law Review* (2007) p. 318-338.
- Hammerstein (2010), De Hoge Raad ondersteboven. In: *Nederlands Juristenblad* (2010) p. 548-552.
- Hammerstein (2003), Een evenwichtig rapport. In: *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* (2003) p. 59-62.
- A. Hammerstein (1989), Te goeder trouw procederen. In: *RM Themis* (1989) p.1595-1613.
- R.R.R. Hardy (2004) Precontractuele informatieplichten in het EG contractenrecht. In: *Vermogensrechtelijke Annotaties* (2004) p. 19-45.
- A.C. 't Hart (1983), De strijd om het bewijs, Argumentatie, verhalen en de werkelijkheid. In: *Bij deze stand van zaken* (Melai-bundel) p. 1-22. Arnhem: Gouda Quint 1983.
- R.C. Hartendorp (2008), *Praktisch gesproken. Alledaagse civiele rechtspleging als praktische oordeelsvorming*. Rotterdam: Erasmus Universiteit 2008 (proefschrift)
- A.S. Hartkamp (2010), De verplichting tot ambtshalve toepassing van Europees recht door de Nederlandse rechter. In: *Trema* (2010) p. 136-143.
- A.S. Hartkamp (2007), *Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden naar Europees recht en naar Nederlands recht*. Deventer: Kluwer 2007 (oratie).
- A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh en L.A.D. Keus (red.) (2007), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*. Deventer: Kluwer 2007.
- C.A.J. Hartzfeld (1907), In hoever behooren de hoofdbeginselen, waarop de burgerlijke procedure in eersten aanleg berust, te worden gewijzigd? Preadvies Nederlandsche Juristen-Vereniging, p. 126-194. 's-Gravenhage: F.J. Belinfante 1907.
- A. Hedeman (2009), *De verzwaarde stelplecht. De afbakening van een processuele mededelingsplicht*. Tilburg: Celsus juridische uitgeverij.
- M.A. Heldeweg (1999), Confidence in the workings of justice. Het (standaard)deskundigenbericht in het Awb-bestuursproces vanuit het perspectief van hoor en wederhoor volgens art. 6 lid 1 EVRM. In: *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* (1999) p. 81-88.
- M.L. Hendrikse (2007), Beginselen van en ontwikkelingen in het Nederlands burgerlijk procesrecht. In: *Burgerlijk procesrecht praktisch belicht*, vierde druk (red. M.L. Hendrikse en A.W. Jongbloed) p. 1-44. Deventer: Kluwer 2007.
- Michiel Herweijer, Bert Marseille, Frits Noordam e.a. (2005), *Alles in één keer goed. Juridische kwaliteit van bestuurlijke besluitvorming*. Deventer: Kluwer 2005.
- Burkhard Hess (2000), Juridical Discretion.General Co-Report for the Ghent Conferene 2000 International Association for Procedural Law. In: *Discretionary power of the judge: limits and control* (eds. Marcel Storme en Burkhard Hess). Mechelen: Kluwer uitgevers 2003.
- T.R. Hidma (2005), Bewijswaardering in civilibus. In: *Trema* (2005) p. 301-306.
- M.I.W.E. Hillen-Muns e.a. (2001), Heropening van zaken na een uitspraak van het EHRM. In: *Het rekest-civil herroepen* (red. M.M. Krijnen en M.R. Mok), p. 51-65. Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001.
- H.R. Hoetink (1953), Het begrip feit in geschiedenis en rechtswetenschap. In: *Weerklank op het werk van Jan Romein* p. 55-63. Amsterdam: Wereldbibliotheek 1953
- A.M. Hol (2010), Hoeveel gerechtigheid verdraagt het burgerlijk recht? Van rechtvaardigheid naar verstandigheid. In: *WPNR* 6843 (2010) p. 411-419.



- E.H. Hondius (1999), De zwakke partij in het contractenrecht; over de verandering van paradigmata van het privaatrecht. In: *Contractvrijheid* (red. T. Hartlief en C.J.J.M. Stolker) p. 387-393. Deventer: Kluwer 1999.
- J. van den Honert (1839), *Handboek voor de Burgerlijke Regtsvordering* 1839, Tweede stuk
- M.W. de Hoon (2008), Macht in (inter)actie. Een verkennend, multidisciplinair onderzoek naar machtsverhoudingen tussen twee (rechts)personen). In: *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* (2008) p. 392-399.
- M.W. de Hoon (2006), Landenrapport Nederland civiel recht. In: *Verbetering van hoger beroep? Kosten en baten van voorstellen uit twaalf systemen van procesrecht* (red. J.M. Barendrecht en M.W. de Hoon) p. 125-153. Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.
- Ph.A.N. Houwing (1948), *De onwaarheid en het privaatrecht*. Zwolle: Tjeenk Willink 1948 (rede).
- F.J.H. Hovens (2005), Het civiele hoger beroep: een rechtsvergelijkend onderzoek naar de functies van het hoger beroep in burgerlijke zaken. Deventer: Kluwer 2005 (proefschrift).
- W.A. Hoyng (1991), Vier procesrechtelijke wensen. In: *In het nu wat worden zal* (Schoordijk-bundel) p. 105-118. Deventer: Kluwer 1991.
- Thomas Huber (2006), *Systemtheorie des Rechts. Die rechtstheorie Niklas Luhmanns*. Baden Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2006.
- W. Hugenholtz – W.H. Heemskerk (2009), *Hoofdpijnen van Nederlands Burgerlijk procesrecht* (22<sup>e</sup> druk). Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.
- W. Hugenholtz – W.H. Heemskerk – L. Groefsema (2009), *Hoofdpijnen van het burgerlijk procesrecht van de Nederlandse Antillen en Aruba*. Amsterdam: Elsevier Juridisch 2009.
- N. Huls (2006), De rechter is geen waarheidsvinder maar een motiverende beslisser! In: *Rechtstheorie en Rechtsfilosofie* (2006) p. 3-7.
- David Hume (1777), *Enquiries concerning Human Understanding and concerning the Principles of Morals*. Third Edition, with text revised and notes bij P.H. Nidditch. Oxford: Clarendon Press 1975.
- J.L.R.A. Huydecoper (2010), Geheimhouding en waarheidsvinding in het civiele proces. In: *Trema* (2010) p. 324-328.
- J.L.R.A. Huydecoper (2002), We hebben er wat mee te stellen. In: *Trema* (2002) p. 209-214.
- P.E.M. Huygen (2004), 'Baysiaanse Belief Networks'. Voor redeneren over judische bewijsvoering. In: *De rekenende rechter* (red. W.H. van Boom & M.J. Borgers) p. 145-162. Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

## I

- P. Ingelse (2004), Herbezinning op de partijautonomie. In: *Commentaren op fundamentele herbezinning* (red. P. Ingelse) p. 43-68. Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004.
- Pieter Ippel en Susanne Heeger-Herrter (2006) *Sprekend de rechtbank. Alledaagse communicatie in de Utrechtse zittingszaal*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006.

## J

- Bernard S. Jackson (1996), *Making Sense in Jurisprudence*. Liverpool: Deborah Charles Publications 1996.
- Bernard S. Jackson (1988), *Law, Fact and Narrative Coherence*. Liverpool: Deborah Charles Publications 1988.

- J.H. Jans, R. de Lange, S. Prechal en R.J.G.M. Widdershoven (2007), *Europeanisation of Public Law*. Groningen: Europa Law Publishing 2007.
- J.H. Jans (2005), *Doorgesloten? Enkele opmerkingen over de Europeanisering van het bestuursrecht voor de grondslagen van de bestuursrechtspraak*. Elektronische publicatie: <http://irs.ub.rug.no/ppn/291528694>. Groningen: Groningen University Library (host) (oratie).
- C.H.J. Jansen (2003), Tussen autonomie en solidariteit: contractsvrijheid in de 19<sup>e</sup> eeuw. In: *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit* (red. M.W. Hesselink, C.E. du Perron en A.F. Salomons) p. 133-150. Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.
- J.A. Jolowicz (2000), *On Civil Procedure*. Cambridge: Cambridge University Press 2000.
- A.W. Jongbloed, A.L.M. Ernes e.a. (2007), *Beschouwingen naar aanleiding van het rapport Uitgebalanceerd*. Nijmegen: Ars Aequi 2007,

## K

- Sadakat Kadri (2005), *The Trial. A History from Socrates to O.J. Simpson*. Londen: Harper Perennial 2005.
- M.L. Kan (1921), *Bewijslast en bewijswaardeering*. Amsterdam: N.V. Johannes Müller 1921 (proefschrift).
- H.J.R. Kaptein (2007), Hermetische of historische waarheid (en recht). Remedies tegen opsluiting van feiten in processualisering en partijautonomie. In: *Alles afwegende ...* (Bijdragen aan het Vijfde Symposium Juridische Argumentatie) (red. E.T. Feteris, H. Kloosterhuis, H.J. Plug en J.A. Pontier) p. 375-383. Nijmegen: Ars Aequi Libri 2007.
- W.J. Karsten (1891), *In hoever behoort de procesvoering der partijen de macht van den rechter in het burgerlijk geding te bepalen?* Preadvies voor de Nederlandse Juristen-Vereeniging. 's-Gravenhage: Gebr. Belinfante 1891.
- Th.B. ten Kate (1983), Procesregels naar de kern genomen. In: *Een goede procesorde. Opstellen aangeboden aan Mr. W.L. Haardt*, p. 71-82. Deventer: Kluwer 1983. Ook opgenomen in *Het rekest-cv'iel herroepen* (red. M.M. Krijnen en M.R. Mok) p. 67-79. Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001.
- H.B. ten Kate en M.M. Korsten-Krijnen (2005), *Herroeping, verbetering en aanvulling van burgerrechtelijke uitspraken*. Deventer: Kluwer 2005.
- H. van Katwijk (2007), 'Wanneer wordt zwijgen liegen?' en andere dwalingen. In: *Tijdschrift voor Personenschade* (2007) p. 81-87.
- A.M. Keessen (2006), Ambtshalve toepassing van Europees recht. Moet de rechter zelf argumenten aandragen ontleend aan het Gemeenschapsrecht? In: *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht* (2006) p. 55-64.
- Mark Kelman (1987), *A Guide to Critical Legal Studies*. Cambridge, Massachusetts/ Londen: Harvard University Press 1987.
- P.H.P.H.M.C. van Kempen (2003), *Heropening van procedures na veroordelingen door het EHRM. Over redres van schendingen van het EVRM in afgesloten strafzaken alsook afgesloten civiele en bestuurszaken*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003.
- H.O. Kerkmeester (2004), Het gebruik van Bayesiaanse statistiek in strafprocessen. In: *Het onzekere bewijs* (red. M.J. Sjerps en J.A. Coster van Voorhout) p. 99-129. Deventer: Kluwer 2004.
- Paul F. Kirgis (2004), Questions of fact in the practice of law: A response to Allen and Pardo's 'Facts in Law and Facts of Law'. In: *The International Journal of Evidence and Proof* (2004) p. 47-61.

- C.J.M. Klaassen (2005), De rol van de rechter in het kader van de waarheidsvinding in letselschadezaken: leidend of lijdend? In: *Aansprakelijkheid Verzekering en Schade* (2005) p. 77-87.
- C.J.M. Klaassen (2003), Boekbespreking 'Bewijs en aansprakelijkheid' van I. Giesen. In: *WPNR* 6555 (2003) p. 879.
- C.J.M. Klaassen (2002), Spreken is zilver, zwijgen is fout. In: *Nederlands Juristenblad* (2002) p. 1450-1458.
- C.J.M. Klaassen (2001), Het burgerlijk procesrecht en de waarheidsvinding. In: *Het procesrecht en de waarheidsvinding* (Reeks Nederlandse Vereniging voor Procesrecht). Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001.
- L. Klaming en B. Betlehem (2007), Procedurele rechtvaardigheid. Kunnen inzichten uit onderzoek naar procedurele rechtvaardigheid bijdragen aan de verwezenlijking van de functies van het aansprakelijkheidsrecht? In: *Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade* (2007) p. 119-124.
- R.J.Q. Klomp (2004), Wie is Magister Litis. In: *Commentaren op fundamentele herbezinning* (red. P. Ingelse), p. 69-80. Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004.
- G. Knigge (2004), Rechtsbescherming en partijautonomie in het civiele proces. In: *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* (2004) p. 165-167.
- G. Knigge (2005), De schijn van waarheid. In: *Partijautonomie of materiële waarheidsvinding? Bijdragen afscheidssymposium G. Knigge d.d. 15 september 2005*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.
- G. Knigge (2004), Rechtsbescherming en partijautonomie in het civiele proces. In: *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* (2004) p. 165-167.
- M.W. Knigge (2006), Herbezinning op de aangifte door de burgerlijke rechter van hem ten processe gebleken strafbare feiten. In: *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* (2006) p. 64-67.
- G.J. Knijp (2000), Algemeen bekende feiten en ervaringsregels. In: *Nieuwsbrief BW* (2000) p. 106-109.
- T. Kooijmans (2010), Bewijzen door de strafrechter. In: *Ars Aequi* (2010) p. 456-465.
- T. Koopmans (1982), *Juridische dialectiek*. Mededelingen der Koninklijke Nederlandse Academie van Wetenschappen, afdeling Letterkunde. Amsterdam: Noord-Hollandische Uitgevers Maatschappij 1982.
- P.J. van Koppen (2004), *Paradoxen van deskundigen. Over de rol van experts in strafzaken*. Deventer: Kluwer 2004.
- P.J. van der Korst (2009), Discovery in het Nederlands burgerlijk procesrecht. 'Advies over gegevensverstrekking in burgerrechtelijke zaken' van de Adviescommissie voor Burgerlijk Procesrecht becommentarieerd. In: *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* (2009) p. 140-143.
- P.J. van der Korst (2007), *Bedrijfsgeheimen en transparantieplichten. Vertrouwelijke bedrijfsgegevens in het vermogensrecht, burgerlijk procesrecht, vennootschapsrecht en effectenrecht*
- P.J. van der Korst (2006), Transparantieplicht van procespartijen: de gehele waarheid en niets dan de waarheid. In: *Het verzamelen van feiten en bewijs: begrenzing versus verruiming, een kruisbestuiving tussen civiel procesrecht en ondernemingsprocesrecht*. Preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht. Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

- C.A. Kraan (2007). Geheimhoudingsplicht en verschoningsrecht van de notaris. In: *Meer spreken, minder zwijgen? Over geheimhouding, informatieplicht en verschoningsrecht van de notaris*. Preadvies KNB 2007 p. 79-137. Den Haag: Sdu Uitgevers 2007.
- H.B. Krans (2010), *Nederlands burgerlijk procesrecht en materieel EU-recht*. Deventer: Kluwer 2010.
- H.B. Krans (2009), De *Principles of Transnational Civil Procedure* en het Nederlandse bewijsrecht. In: *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* (2009) p. 58-66.
- H.B. Krans en C.H. van Rhee (2009), De *Principles of Transnational Civil Procedure*: een inleiding. In: *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* (2009) p. 49-51.
- M. Kremer (2005), Noot bij bewijsnood. In: *Amice. Opstellen aangeboden aan prof. mr. G.R. Rutgers* (red. R.J.C. Flach, L.M. Klap-de Nooijer, J.W. Rutgers en E.M. Wesseling-van Gent) p. 197-2006. Deventer: Kluwer 2005.
- M. Kremer (2003), 'Vooralsnog van symbolische betekenis'. De waarheids- en volledigheidsplicht onder het vernieuwde civiele procesrecht. In: *Advocatenblad* (2003) p. 332-337.
- M. Kremer (2000), De gevonden waarheid. In: *Onrechtmatig verkregen bewijs* (red. H.J.R. Kaptein) p. 57-70. Nijmegen: Ars Aequi Libri 2000.
- M. Kremer (1999), *Onrechtmatig verkregen bewijs in civiele zaken*. Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1999 (proefschrift).
- D.J. van der Kwaak (1990), *Het rechtskarakter van het beslagrecht*. Deventer: Kluwer 1990 (proefschrift).
- N.J.M. Kwakman (2010), De strafrechter en de deskundige. Over de waarheidscondities en de waarheidsdefinities in het straf(proces)recht. In: *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* (2010) p. 184-193.
- N.J.M. Kwakman (2008), De derde weg. Naar maximale onzekerheidsreductie in de materiële waarheidsvinding met behulp van deskundigenbewijs. In: *Trema* (2008) p. 357-362.
- N.J.M. Kwakman (2006), De verhouding tussen wetenschap en recht: een cultuuromslag waard? In: *Trema* 2006 p. 382-386.

## L

- Jennifer Lackey (2008), *Learning from Words. Testimony as a sentence*. Oxford: Oxford University Press 2008.
- Jennifer Lackey (2006), It takes Two to Tango: Beyond Reductionism and Non-Reductionism in the Epistemology of Testimony. In: *The Epistemology of Testimony* (eds. Jennifer Lackey & Ernest Sosa) p. 160-189. Oxford: Clarendon Press 2006.
- N.K.F. Land-J. Eggens (1933), *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek*. Zesde deel, Boek IV, Titel I-VI (Tweede druk). Haarlem: De erven F. Bohn N.V. 1933.
- Larry Laudan (2006), *Truth, Error, and Criminology. An Essay in Legal Epistemology*. Cambridge: Cambridge University Press 2006.
- Learned Hand (1901), Historical and Practical considerations regarding expert testimony. In: *Harvard Law Review* 15 (1901) p. 40-58.
- Johan Legemaate (2009), Beroepsgeheim en verschoningsrecht in de gezondheidszorg. Enkele beschouwingen naar aanleiding van de rechtspraak van de Hoge Raad. In: *Nederlands Juristenblad* (2009) p. 2619-2626.
- Keith Lehrer (2006), Testimony and Trustworthiness. In: *The Epistemology of Testimony* (eds. Jennifer Lackey & Ernest Sosa) p. 145-159. Oxford: Oxford University Press 2006.
- Keith Lehrer (2005), Coherence and the Truth Connection. In: *Erkenntnis* (2005) p. 413-423.
- J.C.M. Leijten (1991), *We need stories*. Zwolle: Tjeenk Willink 1991 (afscheidsrede).

- J.C.M. Leijten (1989), Sluip- en dwaalwegen naar de gerechtigheid. In: *Tijdschrift voor Privaatrecht* (1989) p. 445-458.
- Susanne Lepsius (2003-I), *Der Richter und die Zeugen. Eine Untersuchung anhand des Tractatus testimoniorum des Bartolus von Sassoferrato*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann 2003.
- Susanne Lepsius (2003-II), *Von Zweifeln zur Überzeugung. Der Zeugenbeweis im gelehrten Recht ausgehend von der Abhandlung der Bartolus von Sassoferrato*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann 2003.
- Jean-Philippe Lévy (1965), La preuve, des origines à nos jours. In: *La Preuve II: Moyen Age et Temps Modernes* (Recueils de la Société Jean Bodin pour l'Histoire Comparative des Institutions XVII) p. 9-70. Brussel: Librairie Encyclopedique 1965.
- Jean-Philippe Lévy (1965), Le problème de la preuve dans le droit savant du moyen âge. In: *La Preuve II: Moyen Age et Temps Modernes* (Recueils de la Société Jean Bodin pour l'Histoire Comparative des Institutions XVII). Brussel: Librairie Encyclopedique 1965.
- Henri Lévy-Bruhl (1964), *La preuve judiciaire. Etude de sociologie juridique*. Parijs: Marcel Rivière et Cie 1964.
- G.C.C. Lewin (2010), *Het hoger beroep en het cassatieberoep in burgerlijke zaken in de Nederlandse Antillen en Aruba*. Deventer: Kluwer 2010 (proefschrift).
- G.C.C. Lewin (2009), Kroniek Burgerlijk procesrecht van de Nederlandse Antillen en Aruba. In: *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* (2009) p. 89-92.
- G.C.C. Lewin (2006), Een actieve rechter brengt partijen op ideeën. In: *Nederlands Juristenblad* (2006) p. 2002-2006.
- W.A.J. van Lierop en T. Tanja-van den Broek (2008), Pleidooi voor de comparitie na antwoord in hoger beroep. In: *Trema* (2008) p. 129-130.
- V.C.A. Lindijer (2006), *De goede procesorde. Een onderzoek naar de betekenis van de goede procesorde als normatief begrip in het burgerlijk procesrecht*. Deventer: Kluwer 2006 (proefschrift).
- Janneke van der Linden (2010), *De civiele zitting centraal: informeren, afstemmen en schicken*. Deventer: Kluwer 2010 (proefschrift).
- J.G.A. Linssen (2009) Bewijsbeslag. In: *De reikwijdte van het beslag* (A.J. van der Meer, J.G.A. Linssen, J.C. van Oven) p. 21-33. Preadvies Nederlandse Vereniging voor Procesrecht. Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2009.
- John Locke (1706), *An Essay Concerning Human Understanding*. Londen: Penguin Books 1997.
- M.A. Loth (2010), Het streven naar rechtvaardigheid in het vermogensrecht. In: *WPNR* 6843 (2010) p. 405-410.
- M.A. Loth (2009), 'Slappende rechters' of 'dwalende deskundigen'? In: *Nederlands Juristenblad* (2009) p. 1142-1147.
- David Lowenthal (1985), *The Past is a Foreign Country*. Cambridge/New York: Cambridge University Press 1985.
- Niklas Luhmann (1969), *Legitimation durch Verfahren*. Neuwied am Rhein/Berlin: Hermann Luchterhand Verlag GmbH 1969.

## M

- Neil MacCormick (2005), *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*. Oxford: Oxford University Press 2005.

- Neil MacCormick (1984), Coherence in Legal Justification. In: *Theory of Legal Science* (eds. A. Peczenic et al.) p. 235-251. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company 1984.
- Thomas McCarthy (1978), *The Critical Theory of Jürgen Habermas*. Cambridge/New York: Basil Blackwell 1978.
- Anne Ruth Mackor (2010-I), 'Wat is waarheid?' De rol van deskundigen bij waarheidsvinding in de strafrechtspraak. In: *Rechtsfilosofie & Rechtstheorie* (2010) p. 52-66.
- Anne Ruth Mackor (2010-II), Het belang van waarheid in het strafproces. In: *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* (2010) p. 245-240.
- N.H. Margetson (2004), Het recht op pleidooi. In: *De toekomst van het Nederlands burgerlijk procesrecht* (red. M.L. Hendrikse en A.W. Jongbloed) p. 243-249. Deventer: Kluwer 2004.
- A.T. Marseille (2009), *De zitting bij de bestuursrechter*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.
- Jean-Marc Le Masson (1998), La recherche de la vérité dans le procès civil. In: *Droit et Société* (1998) p. 21-32.
- P.A.M. Meijknecht (2009), *Infrastructuur en hoofdbeginselen van burgerlijk procesrecht*, 3<sup>e</sup> druk. Deventer: Kluwer 2009.
- J.G. Meilink (1924), *De hoofdbeginselen van het bewijsrecht van het ontwerp Burgerlijke Rechtsvordering van de Staatscommissie-Gratama*. Preadvies voor de Nederlandsche Juristen-Vereeniging. 's-Gravenhage: F.J. Belinfante 1924.
- Harald Merkelbach (2010), De wankelende basis van de forensische handschrieffkunde. In: *Nederlands Juristenblad* (2010) p. 413-416.
- H.L.G. Merkelbach, I. Candel, M. Jelicic, H.F.M. Crombag (2003), De goede getuige. In: *Trema* (2003) p. 213-219.
- A.I.M. van Mierlo, C.J.J.C. van Nispen, M.V. Polak (2010), *Tekst en Commentaar Burgerlijke Rechtsvordering*, 4<sup>e</sup> druk. Deventer: Kluwer 2010.
- A.I.M. van Mierlo, G.J. Meijer, F.M. Beijer (2000), *Inleiding Nederlands-Antilliaans en Arubaans Burgerlijk Procesrecht*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000.
- J.C. de Miranda (1946), *Het bewijs door getuigen in Burgerlijke Zaken*. Amsterdam: Uitgeverij H.J. Paris 1946 (proefschrift).
- J.P. Moltzer (1904), *Van bewijs in het algemeen en van schriftelijk bewijs*. Den Haag: Gebr. Belinfante 1904.
- H.F.M. de Montrée (2005), Naar waarheid procederen. Informatieplichten in het Nederlands burgerlijke procesrecht en andere Europese rechtstelsels. In: *Executief* (2005) p. 72-77.
- J.L. Montrose (1954), Basis concepts of the Law of Evidence. In: *Evidence and Proof* (eds. William Twining en Alex Stein) p. 527-555. Aldershot: Dartmouth Publishing 1992.
- A. Mout (1963) In hoeverre rust op partijen in het proces de plicht mede te werken aan het vinden van de waarheid? In: Bijlage *Advocatenblad* (1963) p. 241.
- Ingo Müller (1977), Der Wert der 'materiellen Wahrheit'. In: *Leviathan. Zeitschrift für Sozialwissenschaft* (1977) p. 522-537.
- S. Mutluer en C.E.C. Jansen (2007), Mogelijke contractenrechtelijke remedies ter correctie van machtsvervalsing van aanbesteders. In: *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* (2007) p. 186-193.

## N

- Heinrich Nagel (1967), *Die Grundzüge des Beweisrechts im europäischen Zivilprozess. Eine rechtsvergleichende Studie*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1967.

- Patrick Nerhot (1990), The law and its reality. In: *Law, Interpretation and Reality. Essays in Epistemology, Hermeneutics and Jurisprudence* (ed. Patrick Nerhot), p. 50-69. Dordrecht/Boston/Londen: Kluwer Academic Publishers 1990.
- F. van Neste (1998), Recht en waarheid. In: *Tijdschrift voor Privaatrecht* (1998) p. 9-26.
- Charles Nesson (1985), The Evidence of the Event? On Judicial Proof and the Acceptability of Verdicts. In: *Harvard Law Review* 98 (1985) p. 1357-1386.
- C.J.J.C. van Nispen (1993), *De terloopse hercodificatie van ons burgerlijk procesrecht*. Deventer: Kluwer 1993 (oratie).
- J.H. Nieuwenhuis (1995), Het vermoeden. In: *RM Themis* (1995) p. 341-343.
- J.H. Nieuwenhuis (1976), Legitimatie en heuristiek van het rechterlijk oordeel. In: *RM Themis* (1976) p. 494-515.
- J.H. Nieuwenhuis (1979), *Drie beginselen van contractenrecht*. Deventer: Kluwer 1979.
- J.F. Nijboer (2009), *Forensische expertise* (vierde druk). Deventer: Kluwer 2009.
- J.F. Nijboer (2009), Straf(proces)recht: het tijdvak van de (forensische) expertise. In: *Bewijsrecht: het bewijs geregeld? Preadvies voor de Nederlandse Vereniging Voor Rechtsvergelijking* (W.D.H. Asser, J.F. Nijboer, Y.E. Schuurmans), p. 103-150. Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2009/2010.
- J.F. Nijboer (2008) *Strafrechtelijk bewijsrecht* (vijfde druk). Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008.
- J.F. Nijboer (2006), De materiële waarheid in het straf(proces)recht. In: *Bewijzen en beslissen* (red. Y.E. Schuurmans) p. 23-44. Leiden: E.M. Meijers Instituut 2006.
- J.F. Nijboer (2002), *Het gekooide denken – over de rol van discipline binnen feitenonderzoek en bewijs in het recht*. Leiden 2002 (oratie).
- J.G.L. Nolst-Trenité (1915), “Moet aan procedeerende partijen de plicht zijn opgelegd om den rechter omtrent de feiten in te lichten? En zoo ja, in welken omvang?” Preadvies Nederlandsche Juristen-Vereeniging. 's-Gravenhage: S.J. Belinfante 1915.
- O**
- P. Oberhammer (2005), Germany, Switzerland and Austria: Powers of the Judge. In: *European Traditions in Civil Procedure* (red. C.H. van Rhee), p. 295-305. Antwerpen-Oxford: Intersentia 2005.
- P. Oberhammer (2004). Die Aufgabenverteilung zwischen Gericht und Parteien. In: *Commentaren op fundamentele herbezinning* (red. P. Ingelse), p. 81-97. Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004.
- J. Offerhaus (1924), *De hoofdbeginselen van het bewijsrecht van het ontwerp Burgerlijke Rechtsvordering van de Staatscommissie-Gratama*. Preadvies voor de Nederlandsche Juristen-Vereeniging, I (eerste stuk) p. 1-50. 's-Gravenhage: F.J. Belinfante 1924.
- Anthony O'Hear (1989), *An Introduction to the Philosophy of Science*. Oxford: Clarendon Press 1989.
- Ontwerp Staatscommissie (1901), *Ontwerp tot herziening van de eerste zes Titels van het Vierde Boek van het Burgerlijk Wetboek, der Koningin aangeboden door de Staatscommissie, ingesteld bij Harer Majesteits besluit van 25 oktober 1899*, no. 45. 's-Gravenhage: Gebr. Belinfante 1901.
- C.W. Opzoomer, voortgezet door J.A. Levy (1900), *Het Burgerlijk Wetboek verklaard. Twaalfde deel (art. 1902-1916) en Aanhangsel*. 's-Gravenhage: Gebr. Belinfante 1900.
- C.W. Opzoomer, voortgezet door J.A. Levy (1902), *Het Burgerlijk Wetboek verklaard. Dertiende deel (art. 1917-1940)*. 's-Gravenhage: Gebr. Belinfante 1902.

- C.W. Opzoomer, voortgezet door J.A. Levy (1904), *Het Burgerlijk Wetboek verklaard. Veertiende deel (art. 1941-1951)*. 's-Gravenhage: Gebr. Belinfante 1904.
- R. Ortlep (2005–I), Het conceptwetsvoorstel herroeping van vonnissen en beschikkingen ter uitvoering van een uitspraak van het Europese Hof voor de rechten van de mens. In: *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* (2005) p. 69-77.
- R. Ortlep (2005–II), Het conceptwetsvoorstel herroepen: *herroepen*. In: *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* (2005) p. 97-99.

## P

- Parlementaire geschiedenis nieuw bewijsrecht (1988), *Parlementaire geschiedenis van de nieuwe regeling van het bewijsrecht in burgerlijke zaken* (red. G.R. Rutgers en G.J. Flach, door G.J. Boon). Deventer: Kluwer 1988.
- Parlementaire geschiedenis herziening burgerlijk procesrecht (2002), *Parlementaire geschiedenis herziening van het burgerlijk procesrecht voor burgerlijke zaken, in het bijzonder de wijze van procederen in eerste aanleg* (red. A.I.M. van Mierlo en F.M. Bart). Deventer: Kluwer 2002.
- Parlementaire geschiedenis Algemene wet bestuursrecht (1994), *De parlementaire geschiedenis van de Algemene wet bestuursrecht, Tweede Tranche* (red. E.J. Daalder, G.J.R. de Groot en J.M.E. van Breugel). Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1994.
- Dennis Patterson (2009), From Postmodernism to Law and Truth. In: *Harvard Journal of Law and Public Policy* 26 (2003) p. 49-64.
- Dennis Patterson (1996), *Law & Truth*. New York: Oxford University Press 1996.
- C.M.D.S. Pavillon (2007) De procedurele autonomie wijkt (opnieuw) voor de effectieve doorwerking van de Richtlijn oneerlijke bedingen. In: *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* (2007) p. 149-157.v.
- M.E.M.G. Peletier (1999), *Rechterlijke vrijheid en partij-autonomie. Over de toepassing van discretionaire wijzigingsbevoegdheden in het contractenrecht*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1999.
- L.D. Pels Rijcken (1983), Aanvullen van rechtsgronden in hoger beroep. In: *Een goede procesorde. Haardt-bundel* (red. W.H. Heemskerk, Th.B. ten Kate, B.C. Punt) p. 163-179. Deventer: Kluwer 1983.
- Chaïm Perelman (1963), La spécificité de la preuve juridique. In: *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'Histoire Comparative des Institutions, La preuve (XIX), quatrième partie: période contemporaine* (p. 5-17). Brussel: Editions de la Librairie Encyclopédique 1963.
- P. Pet (1890), *Waarheid en bewijs in het burgerlijk proces*. Groningen: J.B. Wolters 1890 (rede).
- M.J. Pijnappel (1891), In hoever behoort de procesvoering der partijen de macht van den rechter in het burgerlijk geding te bepalen? Preadvies voor de Nederlandsche Juristen-Vereeniging. 's-Gravenhage: Gebroeders Belinfante 1891.
- A.A. de Pinto (1879), *Moet in het burgerlijke proces de vrije bewijstheorie worden gehuldigd?* Preadvies voor de Nederlandsche Juristen-Vereeniging. 's-Gravenhage: Gebroeders Belinfante 1879.
- A.A. de Pinto (1857), *Handleiding tot het Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering. Tweede gedeelte*. Utrecht: C. van der Post Jr. 1857
- A.A. de Pinto (1848), *Handleiding tot het Wetboek van Strafvordering. Tweede gedeelte*. 's-Gravenhage: Gebroeders Belinfante 1848.



- Anna Pintore (2000), *Law without Truth*. Liverpool: Deborah Charles Publications 2000.
- A. Pitlo (1950), *Bewijs en verjaring naar het Nederlands Burgerlijk Wetboek*, tweede druk. Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon 1950.
- Pitlo/T.R. Hidma & G.R. Rutgers, *Bewijs*, achtste druk. Deventer: Kluwer 2004.
- Plato, *Theaetetus*. In: Francis Macdonald Cornford (1935), *Plato's Theory of Knowledge. The Theaetetus and the Sophist of Plato, translated with a running commentary*, 3e druk. Londen: Routledge & Kegan Paul 1949.
- J.M. Polak (1975), Rechter en deskundige. In: *Nederlands Juristenblad* (1975) p. 1289-1294.
- J.M. Polak, (1953), *Theorie en praktijk der rechtsvinding*. Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1953 (diss.).
- A. Ponsard (1987), Rapport Francais. In: *La vérité et le droit (Journées canadiennes)* Travaux de l'Association Henri Capitant. Tome 38, p. 673-694. Parijs: Economica 1987.
- J.A. Pontier (1988), *Rechtsvinding*. Nijmegen: Ars Aequi Libri 1988.
- Richard A. Posner (2009) *Law & Literature*. Third edition. Cambridge/Londen: Harvard University Press 2009.
- Richard A. Posner (1999), *An Economic Approach to the Law of Evidence*. Gepubliceerd op <http://www.law.uchicago.edu/Publications/Working/index.html>.
- Mary Poovey (1998), *A history of the modern fact: problems of knowledge in the sciences of wealth and society*. Chicago/Londen: The University of Chicago Press 1998.
- J.G. Princen (1990), *Fair Trial. Taken en verplichtingen voor rechter en partijen resulterend in een billijke bewijslastverdeling*. Arnhem: Gouda Quint 1990.
- Duncan Pritchard (2006), *What is this thing called knowledge?* Londen/New York: Routledge 2006.

## R

- Aly A. Rached (1942), *De l'intime conviction du juge. Vers une théorie scientifique de la preuve en matière criminelle*. Parijs: Éditions A. Pedone.
- H.E. Ras/A. Hammerstein (2004), *De grenzen van de rechtsstrijd in hgoer beroep in burgerlijke zaken*. Deventer: Kluwer 2004.
- John Rawls (1972), *A Theory of Justice*. Oxford: Oxford University Press 1973 (paperback edition).
- Mike Redmayne (1997), Expert evidence and scientific disagreement. In: U.C. Davis Law Review (1997) p. 1027-1080.
- W.A.J.P. van den Reek (1997), *Mededelingsplichten in het burgerlijk procesrecht. Beschouwingen over de verhouding tussen de rechter en partijen en tussen partijen onderling naar Nederlands en Engels recht*. Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.
- Thomas Reid (1764), *An Inquiry into the Human Mind, on the Principles of Common Sense* (With a new introduction of Paul B. Wood). Bristol: Thoemmes Antiquarian Books 1990.
- Richtlijnen Dorhout Mees (1948), Herziening van het Burgerlijk Procesrecht, opgesteld door een op 9 september 1947 door de Minister van Justitie ingestelde commissie onder voorzitterschap van T.J. Dorhout Mees. In: *Advocatenblad* (1948) p. 135-151 en p. 187-200.
- J.M. Reijntjes (1980), *Strafrechtelijk bewijs in wet en praktijk*. Arnhem: Gouda Quint 1980 (proefschrift).
- C.H. van Rhee (2008), The development of civil procedural law in twentieth century Europe: from party autonomy to judicial case management and efficiency. In: *Judicial Case*

- Management and Efficiency in Civil Litigation* (ed. C.H. van Rhee) p. 11-25. Antwerpen: Intersentia 2008.
- C.H. van Rhee (2004), Het Interim-rapport in historisch perspectief. In: *Commentaren op fundamentele herbezinning* (red. P. Ingelse) p. 99-135. Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004.
- François Rigaux (1990), The concept of fact in legal science. In: *Law, Interpretation and Reality* (ed. Patrick Nerhot) p.
- Ann Rigney (1991), De pointe van het verhaal. Over narratieve communicatie en haar cognitieve functies. In: *Het retorische antwoord* (red. R. Engbersen, T. Jansen en W. Witteveen), p. 229-247. Utrecht: Stichting Grafiet 1991.
- J.G.J. Rinkes (2010), De consument als zwakke partij. In: *Ars Aequi* (2010) p. 380-387.
- J. Riphagen (1997), Ongelijkheidscompensatie in het sociaal-zekerheidsrecht. In: *Ongelijkheidscompensatie als roode draad in het recht. Liber Amicorum voor prof. mr. M.G. Rood*. Deventer: Kluwer 1997.
- W.L. Roozendaal (2008) De keizer heeft geen kleren aan. Medische privacy in arbeidsrechtelijke procedures. *Sociaal Maandblad Arbeid* (2008) p. 130-139.
- J. Rombach (1879), *Moet in het burgerlijke proces de vrije bewijstheorie worden gehuldigd?* Preadvies Nederlandse Juristenvereniging 1879.
- W. van Rossem- R.P. Cleveringa (1972), *Verklaring van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*, deel I en deel II, vierde druk. Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1972.
- L.M.M. Royakkers (2009), Logica en recht: een onhoudbaar huwelijk. In: *Ars Aequi* (2009) p. 11-20.
- Klaas Rozemond (2010), Slappende rechters, dwalende rechtspsychologen en het hypothetische karakter van feitelijke oordelen. In: *Rechtsfilosofie & Rechtstheorie* (2010) p. 35-51.
- Klaas Rozemond (1998), *Strafvorderlijke rechtsvinding*. Deventer: Gouda Quint 1998.
- J.W. Rutgers (2005), Ambtshalve toepassing van Europees recht in het civiele geding. In: *Amice. Opstellen aangeboden aan prof. mr. G.R. Rutgers* (red. R.J.C. Flach e.a.) p. 79-95. Deventer: Kluwer 2005.

## S

- Harry D. Saunders (2005) *Quantifying Reasonable Doubt: A Proposed Solution to an Equal Protection Problem*. Gepubliceerd op <http://law.bepress.com/expresso/eps/881>
- A.C. van Schaick (2009), *Het burgerlijk recht de baas? Over de verwevenheid van burgerlijk recht en burgerlijke procesrecht*. Deventer: Kluwer 2009 (oratie)
- A.C. van Schaick (2006), Bewijsovereenkomsten en geheimhoudingsafspraken. In: *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* (2006) p. 131-136.
- Tom Schalken (2006), Het rechterlijk vonnis als onvoltooid verhaal. In: *Spiegels voor rechters. Beschouwingen over literatuur en recht* (red. Jeanne Gaakeer, Marjan Goslings en Ed van der Ouderaa) p. 45-50. Nijmegen: Ars Aequi 2006.
- F.G. Scheltema (voltooid door H.J. Scheltema) (1939), *Nederlandsch burgerlijk bewijsrecht*. Zwolle: Tjeenk Willink 1939
- A.J.P. Schild (2008), Terugkomen van (de leer van) de bindende eindbeslissing. In: *Maandblad Vermogensrecht* (2008) p. 216-224.
- P. van Schilfgaarde (2000), Feiten en rechtsoordelen. In: 6396 *WPNR* (2000) p. 227-232 en 6397 *WPNR* (2000) p. 243-248.
- R.J.N. Schlössels (2010), Bewijswaardering in het bestuursproces: goochelen met zekerheid? In: *Ars Aequi* (2010) p. 476-486.

- R.J.N. Schlössels (2009), Een vrije en kenbare bewijsleer? In: *Bestuursrechtelijk bewijsrecht: rechter of wetgever?* Preadvies VAR, p. 11-116. Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.
- R.J.N. Schlössels (2004), Dimensies van rechtsbeginselen. Enige observaties vanuit het bestuursrecht. In: *In beginsel. Over aard, inhoud en samenhang van rechtsbeginselen in het bestuursrecht* (red. R.J.N. Schlössels, A.J. Bok, H.J.A.M. van Geest en S. Hilligers) p. 13-43. Deventer: Kluwer 2004.
- R.J.N. Schlössels (2003), Ongelijkheidscompensatie in het bestuursproces. Mythe of vergeten rechtsbeginsel? In: *De rechter bewaakt: over toezicht en rechters* (red. P.P.T. Bovend'Eert, L.E. de Groot-van Leeuwen, Th.J.M. Mertens) p. 139-164. Deventer: Kluwer 2003.
- P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt (2003), De zinnigheid van het beroepsgeheim. In: *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* (2003) p. 1-7.
- P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt (2002), Opening van zaken. In: *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* (2002) p. 8-14.
- Paul Scholten (1915), Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging, p. 60-63. 's-Gravenhage: F.J. Belinfante 1915.
- Paul Scholten (1924), Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging, p. 110. 's-Gravenhage: F.J. Belinfante 1924.
- Paul Scholten (1976), *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen Deel*. 3<sup>e</sup> druk, aangevuld door G.J. Scholten. Zwolle: Tjeenk Willink 1974.
- Paul Scholten (1943) Kenmerken van recht. In: *Verzamelde geschriften van wijlen prof. mr Paul Scholten*, Deel I, p. 1-109. Zwolle: Tjeenk Willink 1949.
- Paul Scholten (1935), Eggens' bewijsrecht. In: *WPNR* 3399 en 3400 (1935) p. 85-87 en p. 97-100.
- H.C.F. Schoordijk (2007), Tijd voor een amicus curiae. In: *Nederlands Juristenblad* (2007) p. 1466.
- H.C.F. Schoordijk (2004), De verwezenlijking van het materiële recht in het civiele proces. In: *Nederlands Juristenblad* (2004) p. 162-167.
- Rupert Schreiber (1968), *Theorie des Beweiswertes für Beweismittel im Zivilprozess*. Berlin-Heidelberg: Springer – Verlag 1968.
- B.J. Schueler (2008), Last van de vrije bewijsleer. In: *Grensverleggend bestuursrecht. Opstellen voor prof. mr. J.B.J.M. ten Berge* (G.H. Addink e.a. (red.)) p. 443-457. Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008.
- David A. Schum (1994), *The evidential foundations of probabilistic reasoning*, Evanston, Illinois: Northwestern University Press 2001 (paperback edition).
- David A. Schum (2003), Evidence and inferences about past events. An overview of six case studies. In: *Evidence and Inference in History and Law: Interdisciplinary Dialogues* (eds. William Twining en Iain Hampshire-Monk) p. 9-62. Illinois: Northwestern University Press 2003.
- Y.E. Schuurmans (2009), De eigen aard van het bestuursrechtelijk bewijsrecht. In: *Bestuursrechtelijk bewijsrecht: rechter of wetgever?* Preadvies VAR, p. 117-184. Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.
- Y.E. Schuurmans (2007) De toetsing van de feitenvaststelling in Europees perspectief. In: *Europees recht effectueren. Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve*

- uitvoering van het EG-recht (red. T. Barkhuysen, W. den Ouden & E. Steyger) p. 115-142. Deventer: Kluwer 2007.
- Y.E. Schuurmans (2005), *Bewijslastverdeling in het bestuursrecht. Zorgvuldigheid en beijwsvoering bij beschikkingen*. Deventer: Kluwer 2005 (proefschrift).
- H.W.B. thoe Schwartzenberg (2008), *Civiel bewijsrecht voor de rechtspraktijk*. Apeldoorn en Antwerpen: Maklu 2008.
- R.J.S. Schwitters (2008), *Recht en samenleving in verandering. Een inleiding in de rechts-sociologie*. Deventer: Kluwer 2008.
- Barbara J. Shapiro (1991), "Beyond Reasonable doubt" and "Probable Truth". *Historical Perspectives on Anglo-American Law of Evidence*. Berkely/Los Angeles: University of California Press 1991.
- Barbara J. Shapiro (2000), *A Culture of Fact. England, 1550-1720*. New York: Cornell University Press 2000 (paperback 2003)
- S. Slabbers en N.M. Mulder (2001), Het deskundigenbericht in de civiele procedure: wet en praktijk. In: *Tijdschrift voor gezondheidsrecht* (2001) p. 228-244.
- P. Sluijter (2009), *De veroordeling in de proceskosten op basis van procedureel gedrag*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008.
- J.L. Smeehijzen (2003), Wie is de deskundige eigenlijk? Pleidooi voor een 'disclosure statement'. In: *Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade* (2003) p. 126-129.
- C.E. Smith (2004), *Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden*. Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004.
- C.E. Smith (1998), *Feit en rechtsnorm*. Maastricht: Shaker Publishing 1998.
- P. Smits (2008), *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure*. Kluwer: Deventer 2008.
- J.M. Smits (2006), Belangenafweging in het vermogensrecht: een kritische beschouwing. In: *RM Themis* (2006) p. 134-140.
- H.J. Snijders (2008), Ambtshalve aanvullen van gronden van Europees recht in burgerlijke zaken herijkt. In: *WPNR* (2008) p. 541-
- H.J. Snijders (2007), Aanvulling van gronden van EU-recht door de Nederlandse burgerlijke rechter. In: *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht* (red. A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh en L.A.D. Keus) p. 79-95. Deventer: Kluwer 2007.
- H.J. Snijders (2004), They have a dream ... een fundamenteel nieuw wetboek van rechtspleging. In: *De Toekomst van het Nederlands burgerlijk procesrecht* (red. M.L. Hendrikse en A.W. Jongbloed) p. 1696-1707. Deventer: Kluwer 2004.
- H.J. Snijders (1992), *Op de grens van burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht*. Arnhem: Gouda Quint 1992 (afscheidsrede).
- H.J. Snijders (1978), *Rechtsvinding door de burgerlijke rechter. Een kwantitaief recht-spraakonderzoek bij de Hoge Raad en de Gerechtshoven*. Deventer: Kluwer 1978 (proefschrift).
- H.J. Snijders-C.J. Klaassen- G.J. Meijer (2007), *Nederlands Burgerlijk Procesrecht*, vierde druk. Deventer: Kluwer 2007.
- H.J. Snijders/A. Wendels (2009), *Civiel appèl* (vierde druk). Bewerkt door H.J. Snijders. Deventer: Kluwer 2009.
- W.H. van Soeren (1986), Onrechtmatig verkregen bewijs in de civiele procedure. In: *Ars Aequi* (1986) p. 483-489.
- A. Soeteman (1991), Hercules aan het werk. Over de rol van rechtsbeginselen in het recht. In: *Ars Aequi* (1991) p. 28-40.

- R. Soetaert (1973), Waarheid in het gewijsde. In: *Recht in beweging. Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. Ridder R. Victor*. Deurne: Kluwer 1973.
- Lawrence B. Solum (2004), Procedural Justice. In: *Southern California Law Review* (2004) p. 181-301.
- Staatscommissie Feith (1901), *Ontwerp tot herziening van de eerste zes Titels van het Vierde Boek van het Burgerlijk Wetboek*, der Koningin aangeboden door de Staatscommissie, ingesteld bij Harer Majesteits besluit van 25 October 1888, no. 45. 's-Gravenhage: Gebr. Belinfante 1901.
- Staatscommissie Gratama (1920-I), *Ontwerp tot vaststelling van een Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*. Der Koningin aangeboden door de Staatscommissie voor de herziening van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, ingesteld bij Koninklijk Besluit van 4 november 1911, nr. 40. I, Wetboek. 's-Gravenhage: Algemeene Landsdrukkerij 1920.
- Staatscommissie Gratama (1920-II), *Ontwerp tot vaststelling van een Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*. Der Koningin aangeboden door de Staatscommissie voor de herziening van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, ingesteld bij Koninklijk Besluit van 4 november 1911, nr. 40. II, Toelichting. 's-Gravenhage: Algemeene Landsdrukkerij 1920.
- C.W. Star Busmann (1915), "Moet aan procedeerende partijen de plicht zijn opgelegd om den rechter omtrent de feiten in te lichten? En zoo ja, in welken omvang?" Preadvies Nederlandse Juristenvereniging. 's-Gravenhage: S.J. Belinfante 1915.
- C.W. Star Busmann (1938), Het Burgerlijk Wetboek en het burgerlijk proces (bewijs). In: *Gedenkboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938* (red. Paul Scholten en E.M. Meijers) p. 611-635. Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1938.
- C.W. Star Busmann-L.E.H. Rutten –W.H. Ariëns (1972), *Hoofdstukken van burgerlijke rechtsvordering*, derde druk. Haarlem: De erven F. Bohn N.V. 1972.
- P.A. Stein/A.S. Rueb (2009), *Compendium van het burgerlijk procesrecht*, zeventiende druk. Deventer: Kluwer 2009.
- Alex Stein (2003), *Foundations of Evidence Law*. Oxford: Oxford University Press 2006.
- T.A.W. Sterk (1991), Deskundige in rechte. In: *Vorm en wezen. Opstellen aangeboden aan W.H. Heemskerk*. Utrecht: Uitgeverij Lemma B.V. 1991.
- Fred Stevens (2000), Van de bewijskracht van het vel van een dood dier. In: *Authenticité et informatique* (red. Fédération royale du notariat belge) p. 29-33. Brussel: Emile Bruylant 2000.
- Friedrich Stein (1893), *Das private Wissen des Richters. Untersuchungen zum Beweisrechts beider Prozesse*. Leipzig: Verlag von C.L. Hirschfeld 1893.
- Reinoud Stoel, Charles Berger, Elisa van den Heuvel en Wil Fagel (2010), De wankelende kritiek op het forensisch handschriftonderzoek. In: *Nederlands Juristenblad* (2010) p. 2537-2541.
- M. Storme (1994), *Rapprochement du Droit Judiciaire de l' Union européenne*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers 1994.
- M. Storme (1991), *Dromen van gerechtigheid. Beschouwing over Gerecht en Rechtvaardigheid*. Tielt: Uitgeverij Lannoo 1991.
- M. Storme (1963), L'Influence des codifications Napoleoniennes hors de France, dans le domaine de la preuve. In: *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'Histoire Comparative des Institutions, La preuve (XIX), quatrième partie: période contemporaine* (p. 211-257). Brussel: Editions de la Librairie Encyclopédique 1963.

- M. Storme (1962), *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*. Gent: Wetenschappelijke Uitgeverij E. Story-Scientia 1962.
- M. E. Storme (1992), Het proces van de feiten. In: *Trema* (1992) p. 335-356.
- J.Ph. Suyling (1920), *Inleiding tot het burgerlijk recht*, 1<sup>e</sup> stuk, 2<sup>e</sup> gedeelte. Haarlem: De erven F. Bohn 1920.

## T

- Michele Taruffo (2003), Rethinking the standards of proof. In: *American Journal of Comparative Law* 51 (2003) p. 659-677.
- B.M. Telders (1937), Rechtspraak en logica. In: *Verzamelde geschriften van Prof. Mr. B.M. Telders* (deel I) p. 159-167. 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1947.
- Paul Thagard (2006), Testimony, credibility, and explanatory coherence. In: *Erkenntnis* (2005) p. 295-316.
- H. Thesing (1961), *De grondslagen van de bewijslast in de civiele procedure*. 's-Gravenhage: A. Jongbloed & Zoon 1961.
- P. Thion (2006), Voor een narratieve benadering van de rechtsvinding. De oorzaak van de vordering bekeken vanuit semiotisch perspectief. In: *Tijdschrift voor Rechtstheorie en Rechtsfilosofie* (2006) p. 99-118.
- I.Tillema (2011), De rekening voor het eigen gedrag? In: *Rake Remedies. Opstellen over handhaving van rechten, naleving van plichten en sanctionering van verkeerd gedrag in het privaatrecht* (red. W.H. van Boom, J.H. van Dam-Lely en S.D. Lindenberg) p. 331-350. Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.
- R.P.J.L. Tjittes (1994), *De hoedanigheid van contractspartijen*. Deventer: Kluwer 1994 (proefschrift).
- T.F.E. Tjong Tjin Tai (2002), De rechterlijke vrijheid en de feitelijke grondslag. In: *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* (2002) p. 29-37.
- L. Timmerman (2009), Grondslagen van geldend ondernemingsrecht. In: *Ondernemingsrecht* (2009) p. 4-13.
- M. de Tombe-Grootenhuis (2000), Voorstel voor een Europese disclosure. In: *Van Nederlands naar Europees procesrecht? Liber Amicorum Paul Meijknecht* (red. A.W. Jongbloed e.a.) p. 300-315. Deventer: Kluwer 2000.
- M. de Tombe-Grootenhuis (1994), Het Europese Hof en de partij-getuige. In: *Nederlands Juristenblad* (1994) p. 188.
- M. de Tombe-Grootenhuis (1993), *De partij-getuigenverklaring in het burgerlijk procesrecht. Het functioneren van de partij-getuige in de civiele rechtspraktijk, mede gezien tegen de achtergrond van de historische ontwikkeling*. Arnhem: Gouda Quint 1993 (proefschrift).
- Philip Traest (2005), De innerlijke overtuiging van de rechter en de motiveringsverplichting. In: *Strafrecht als roeping. Liber amicorum Lieven Dupont* (red. Frank Verbruggen, Raf Verstraeten, Dirk Van Dale en Bart Spriet). Volume I, p. 553-567. Leuven: Universitaire Pers Leuven 2005.
- Giovanni Tuzet (2003), Legal Abductions. In: *Legal Knowledge and Information Systems. Jurix 2003: The Sixteenth Annual Conference* (ed. Danièle Bourcier) p. 41-49. Amsterdam: IOS Press 2003.
- William Twining (1985), *Theories of Evidence: Bentham & Wigmore*, Weidenfeld & Nicolson, London 1985.

- William Twining en Iain Hampshire-Monk (eds.) (2003), *Evidence and Inference in History and Law: Interdisciplinary Dialogues*. Illinois: Northwestern University Press 2003.
- William Twining (2006), *Rethinking Evidence. Exploratory Essays* (second edition). Cambridge University Press 2006.
- Tom R. Tyler (1998), Justice and Power in Civil Dispute Processing. In: *Justice and Power in Sociolegal Studies* (eds. Bryant G. Garth, Austin Sarat) p. 309-345. Evanston: Northwestern University Press 1998.
- I.N. Tzankova (2003), Een 'academy of experts': nodig of overbodig? In: *Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade* (2003) p. 122-125.

## V

- A.J. Van (2003), Vraag het aan de deskundige! Maar hoe? In: *Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade* (2003) p. 105- 110.
- D.J. Veegens (1979), Alternatieve procesrechtsdidactiek. In: *Non sine causa. Opstellen aangeboden aan Prof.Mr. G.J. Scholten ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de Universiteit van Amsterdam*, p. 440-455. Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1979.
- D.J. Veegens (1973), *Het nieuwe bewijsrecht in burgerlijke zaken. Algemene grondslagen en verdeling van de bewijslast* (Veegens-Wiersma). Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1973.
- W. van der Velde (2010), De wet deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade. In: *Ars Aequi* (2010) p. 344-346.
- J.J.I. Verburg (1975), *Het verschoningsrecht van getuigen in strafzaken*. Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1975 (proefschrift).
- C.J. Verduyn (2008), Een nieuwe maatstaf voor heroverweging van bindende eindbeslissingen. In: *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* (2008) p. 73-78.
- R.R. Verkerk (2010), *Fact-Finding in Civil Litigation*. Antwerpen: Intersentia 2010 (proefschrift).
- R.R. Verkerk (2007), Procesrechtelijke waarborgen voor een betrouwbaar deskundigenonderzoek. In: *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk recht* (2007) p. 491-500.
- R. Verkijk (2009), Rechter en advocaten in de Principles of Civil Procedure en daarbuiten. In: *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* (2009) p. 67-76.
- Rienk Vermij (2002), De maatschappelijke rol van experts in historisch perspectief. In: *De opmars van deskundigen. Souffleurs van de samenleving* (red. Frans van Lunteren, Bert Theunissen & Rienk Vermij). Amsterdam: Amsterdam University Press 2002.
- J.B.M. Vranken (2009), Consequenties van een versterking van de rechtsvormende taak van de Hoge Raad: talrijk, divers en soms vergaand. In: *Nederlands Juristenblad* (2009) p. 1082-1093.
- J.B.M. Vranken (2005), *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen Deel Vervolg \*\*\** (Asser-Vranken). Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2005.
- J.B.M. Vranken (2002), Ook als partijgetuige heeft de notaris een functioneel verschoningsrecht. Terecht? Oproep aan de beroepsorganisaties. In: *WPNR* (2002) p. 773-779.
- J.B.M. Vranken (2000), Over partijautonomie, contractsvrijheid en de grondslag van gebondenheid. In: *Beginselen van contractenrecht. Opstellen aangeboden aan mr. B.W.M. Nieskens-Isphording ter gelegenheid van haar afscheid als universitair hoofddocent bij de vakgroep privaatrecht van de faculteit der Rechtsgeleerdheid van de KU Brabant*, p. 145-155. Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000.

- J.B.M. Vranken (2000-I), De brede erkenning van rechterlijke rechtsvorming. In: *Nederlands Juristenblad* (2000) p. 1-5.
- J.B.M. Vranken (1999), Rechtvergelijkende gezichtspunten bij de herziening van het civiele procesrecht in eerste aanleg. In: *Verantwoordelijk procederen. Gedachten over een fundamentele vernieuwing van het burgerlijk procesrecht* (preadvies Nederlandse Vereniging voor Procesrecht) p. 33-88. Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1999.
- J.B.M. Vranken (1995), *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen Deel \*\** (Asser-Vranken). Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.
- J.B.M. Vranken (1993), Keuzevrijheid en verantwoordingsplicht van de rechter in civiele zaken. In: *Gemotiveerd gehuldigd* (Van Boeschoten-bundel) p. 229-243. Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993.
- J.B.M. Vranken (1989), *Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht*. Deventer: Kluwer 1989.
- J.B.M. Vranken (1986), *Het professionele (functionele) verschoningsrecht*. Preadvies voor de Nederlandse Juristen-Vereniging, deel 1 tweede stuk, p. 1-133. Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1986.
- G.H. de Vries (2002), Wat is waarheid? Een filosofische benadering. In: *Justitiële Verkenningen* 2 (2002) p. 16-25.
- J.J. Vriesendorp (1981), *Het aanvullen van rechtsgronden*. Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1981.
- J.J. Vriesendorp (1970), *Ambshalve aanvullen van rechtsgronden in het burgerlijk geding*. Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1970 (proefschrift)

## W

- B.C.M. Waaijer (2008), Relativering van het verschoningsrecht. Over zeer uitzonderlijke omstandigheden. In: *WPNR* (2008) p. 471-474.
- B.W.N. de Waard (1987), *Beginselen van behoorlijke rechtspleging: met name in het administratieve procesrecht*. Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987 (proefschrift).
- W.A. Wagenaar (2005), De diagnostische waarde van bewijsmiddelen. In: *Het onzekere bewijs. Gebruik van statistiek en kansrekening in het strafrecht* (red. M.J. Sjerps en J.A. Coster van Voorhout) p. 3-25. Deventer: Kluwer 2005.
- W.A. Wagenaar, H. Israëls en P.J. van Koppen (2009), *De slapende rechter. Waarom het veroordelen van burgers niet alleen aan de rechter kan worden overgelaten*. Amsterdam: Uitgeverij Bert Bakker 2009.
- W.A. Wagenaar, P.J. van Koppen en H. Israëls (2009), Een niet erg wakkere raadsheer. In: *Nederlands Juristenblad* (2009) p. 1447-1448.
- W.A. Wagenaar, P.J. van Koppen en H.F.M. Crombag (1993), *Anchored Narratives. The psychology of Criminal Evidence*. Bodmin, Cornwall: Hartnolls 1993.
- Arnoldo Wald (1987), Vérité et Justice. Rapport General. In: *La Vérité et le Droit (Journées canadiennes)*. Travaux de l'Association Henri Capitant, Tome XXXVIII. Parijs: Economica 1989.
- Gerhard Walter (1979), *Freie beweiswürdigung. Eine Untersuchung zu Bedeutung, Bedingungen und Grenzen der freien richterlichen Überzeugung*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1979.
- Douglas Walton (2008), *Witness Testimony Evidence. Argumentation, Artificial Intelligence and Law*. Cambridge/New York: Cambridge University Press 2008.



- Ian Ward (1998), *An Introduction to Critical Legal Theory*. Londen en Sydney: Cavendish Publishing Limited 1998.
- Thomas Weigend (2003), Is the criminal process about truth?: a German perspective. In: *Harvard Journal of Law and Public Policy* (2003) p. 157-174.
- Jack B. Weinstein (1966), Some difficulties in devising rules for determining truth in judicial trials. In: *Columbia Law Review* (1966) p. 223-246.
- Gary L. Wells en Elizabeth A. Olson (2002), Eyewitness Testimony. In: *Annual Review of Psychology* 54 (2002) p. 277-295.
- E.M. Wesseling-van Gent (2006), To fish or not to fish, that's the question. In: *Het verzamelen van feiten en bewijs: begrenzing versus verruiming, een kruisbestuiving tussen civiel procesrecht en ondernemingsprocesrecht*. Preadvies Nederlandse Vereniging voor Procesrecht.
- E.M. Wesseling-van Gent (2003), Algemene voorschriften voor procedures. In: *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* (2003) p. 18-21.
- E.M. Wesseling van Gent (1988), Eigen wetenschap van de rechter. In: *Nederlands Juristenblad* (1988) p. 1118-1121.
- E.M. Wesseling-van Gent (1986), *Het civiele geding in de toekomst. Beschouwingen over aanpassing en vernieuwing van de regels van het burgerlijk proces in eerste aanleg naar aanleiding van de integratie van kantongerecht en rechtbank*. Arnhem: Gouda Quint 1986 (proefschrift).
- M. Wesselink (2010), Deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade. Gewenst, maar zal het werken? In: *Nederlands Juristenblad* (2010) p. 1584-1588.
- J.W. Westenberg (2001) Gooi het maar in mijn pet. In: *De rol van de deskundige in het schaderegelingsproces* (inleidingen gehouden op het symposium van de Vereniging voor Letselschadeadvocaten) p. 25-39. Lelystad: Vermande 2001.
- G.J. Wiarda (1980), *Drie typen van rechtsvinding* (2<sup>e</sup> druk). Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1980.
- J. Wiarda (1959), Het begrip 'bewijzen' in het strafprocesrecht en in het burgerlijk procesrecht. In: *Rechtsbinding en rechtsvinding. Opstellen aangeboden aan prof. dr. D. Hazewinkel-Suringa*, p. 181-122. Leiden: E.J. Brill 1959.
- B.J.H. van der Wiel (2002), De bewijsovereenkomst. In: *WPNR* 6480 (2002) p. 221-229.
- B.J.H. van der Wiel (2004), *De rechtsverhouding tussen procespartijen*. Deventer: Kluwer 2004 (proefschrift).
- H.W. Wiersma (2010), *Bewijswaarderingsoordelen in het civiele (proces)recht*. In: *Ars Aequi* (2010) p. 466-475.
- H.W. Wiersma (1997), Normatieve elementen bij de vaststelling van feiten in het burgerlijk proces en onrechtmatig verkregen bewijs. In: *J.L.P. Cahen-bundel*, p. 433-443. Deventer: Gouda Quint 1997.
- K. Wiersma (1983), Administratieve en burgerlijke procesgangen, beginselen en organisatie. In: *Een goede procesorde. Opstellen aangeboden aan Mr. W.L. Haardt*, p. 131-147. Deventer: Kluwer 1983.
- K. Wiersma (1966), Bewijzen in het burgerlijk geding. In: *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* (1966) p. 461- 487.
- H.L.G. Wieten (2004), Ambtshalve oproeping van derden door de rechter wenselijk? In: *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* (2004) p. 1.
- H.L.G. Wieten (2002), *Bewijs*. Deventer: Kluwer 2002.

- D.H.J. Wigboldus (2010), Psychologische aspecten bij bewijslevering. In: *Bewijsrecht. Preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht*, p. 45-56. Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.
- C.R.C. Wijckerheld Bisdom (1949), *In hoeverre behoort de civiele procedure in eerste aanleg te worden gewijzigd?* Preadvies voor de Nederlandse Advocaten-Vereniging. In: *Advocatenblad* (1949) p. 144-153.
- A. Wijffels (2005) France: Powers of the Judge. In: *European Traditions in Civil Procedure* (red. C.H. van Rhee), p. 269-279. Antwerpen–Oxford: Intersentia 2005.
- A.H. de Wild (1980), *De rationaliteit van het rechterlijk oordeel*. Deventer: Kluwer 1980 (proefschrift).
- Bernard Williams (2002), *Truth and Truthfulness. An essay in genealogy*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press 2002.
- Timothy Williamson (2000), *Knowledge and its Limits*. New York: Oxford University Press 2000.
- M.H. Wissink (2001), *Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht*. Deventer: Kluwer 2001 (proefschrift).

## **Z**

- Giuseppe Zaccaria (1990), Hermeneutics and Narrative Coherence. In: *Law, Interpretation and Reality* (ed. Patrick Nerhot). p. 251-274. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers.
- P. Zonderland (1977), *Privaatrechtspleging in grondtrekken*. Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1977.
- Adrian Zuckerman (1986), Law, Fact or Justice? In: *Evidence and Proof* (eds. William Twining and Alex Stein) p. 487-508. Aldershot: Dartmouth Publishing 1992.



## **Jurisprudentieregister**

(De nummers verwijzen naar de paragrafen in de tekst)

### **Hoge Raad**

HR 27 november 1846, W. 790 / 7.3  
HR 11 februari 1859, W. 2034 / 7.3  
HR 1 april 1913, NJ 1919, p. 958 / 4.7.6  
HR 17 december 1925, NJ 1926, p. 193 / 3.8  
HR 18 december 1925, NJ 1926, p. 228 m.nt. EEM / 5.8  
HR 25 oktober 1935, NJ 1936, 616 / 6.3  
HR 24 mei 1940, NJ 1941, 421 / 6.6.3  
HR 26 november 1948, NJ 1949, 149 / 6.6.3  
HR 6 april 1951, NJ 1952, 28, m.nt. Ph.A.N.H. / 4.4  
HR 6 januari 1966, NJ 1966, 449 / 3.2  
HR 10 juni 1966, NJ 1966, 390 m.nt. GJS / 2.4.2, 5.8  
HR 4 november 1966, NJ 1967, 13 / 6.3

### **1970-1980**

HR 27 september 1971, NJ 1971, 801 / 2.5  
HR 6 april 1979, NJ 1980, 34 m.nt. CJHB / 4.6  
HR 18 mei 1979, NJ 1980, 213 / 2.1, 2.2, 2.4.3

### **1980-1990**

HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 / 1.5.3  
HR 1 juli 1982, NJ 1983, 682 m.nt. JCS / 4.8  
HR 24 februari 1984, NJ 1984, 415 / 3.4  
HR 23 maart 1984, NJ 1984, 568 / 6.6.3  
HR 4 mei 1984, NJ 1985, 3 m.nt. WHH / 4.5.2  
HR 22 juni 1984, NJ 1985, 188 / 4.7.7  
HR 1 maart 1985, NJ 1986, 173 m.nt. WHL / 4.7.6, 4.7.7, 4.7.8  
HR 25 oktober 1985, NJ 1986, 175 / 4.7.7  
HR 7 november 1985, NJ 1987, 457 m.nt. WLH / 4.7.6  
HR 25 april 1986, NJ 1986, 624 / 5.8  
HR 23 mei 1986, NJ 1987, 702 / 4.8  
HR 7 juni 1986, NJ 1986, 174 m.nt. WHL onder 176 / 4.7.7

HR 28 november 1986, NJ 1987, 380 / 3.2  
HR 16 oktober 1987, NJ 1988, 850 m.nt. EAA / 4.8, 6.4  
HR 20 november 1987, 1988, 500 m.nt. WLH / 5.8  
HR 11 maart 1988, NJ 1998, 747 / 4.4  
HR 20 mei 1988, NJ 1988, 779 / 7.4  
HR 28 februari 1998, NJ 1989, 748 / 7.10  
HR 14 april 1989, NJ 1990, 712 m.nt. CJHB / 4.7.2, 4.8  
HR 22 juni 1989, NJ 1989, 654 / 4.8  
HR 1 juli 1989, NJ 1989, 156 m.nt. WHH  
HR 22 december 1989, NJ 1998, 237 m.nt. JBMV / 2.1, 4.7.6

#### **1991**

HR 26 april 1991, NJ 1992, 407 m.nt. JBMV / 2.5, 4.6  
HR 14 juni 1996, NJ 1992, 408 / 4.6  
HR 27 september 1991, NJ 1991, 801 / 4.6  
HR 2 oktober 1991, NJ 1991, 124 / 4.7.7  
HR 8 november 1991, NJ 1992, 277 m.nt. JBMV / 4.7.6

#### **1992**

HR 1 juli 1992, NJ 1994, 621 / 4.8  
HR 7 februari 1997, NJ 1993, 78 m.nt. HJS / 4.8  
HR 28 februari 1992, NJ 1992, 409 / 4.6  
HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 286-288 / 3.3

#### **1993**

HR 12 februari 1993, NJ 1993, 599 m.nt. EAA en HJS / 4.8  
HR 19 februari 1993, NJ 1994 345 m.nt. HJS / 4.4  
HR 4 juni 1993, NJ 1993, 659 / 5.4, 6.3  
HR 8 oktober 1993, NJ 1994, 508 m.nt. HJS / 4.4  
HR 17 december 1993, NJ 1994, 193 / 5.8  
HR 24 december 1993, NJ 1994, 194 / 4.6

#### **1994**

HR 21 januari 1994, NJ 1994, 335 / 6.6.5  
HR 11 februari 1994, NJ 1994, 651 / 6.3  
HR 18 februari 1994, NJ 1994, 368 / 5.8  
HR 28 oktober 1994 NJ 1995, 141 / 5.7  
HR 11 november 1994, NJ 1995, 400 m.nt. EAA en HJS / 4. 8

#### **1995**

HR 13 januari 1995, NJ 1997, 175 m.nt. CJHB / 7.3  
HR 24 maart 1995, NJ 1998, 414 m.nt. PV.  
HR 31 maart 1995, NJ 1997, 592 m.nt. CJHB / 6.8  
HR 22 september 1995, NJ 1996, 55 / 4.7.7  
HR 29 september 1995, NJ 1996, 104 / 4.6  
HR 7 november 1995, NJ 1996, 666 m.nt. JdB / 5.4, 5.6.5  
HR 1 december 1995, NJ 1996, 181 / 5.8

**1996**

HR 5 januari 1996, NJ 1996, 597 m.nt. HER / 4.5.2  
HR 6 januari 1996, NJ 1996, 449 / 3.2  
HR 15 maart 1996, NJ 1997, 341 m.nt. HJS / 4.5.2  
HR 6 september 1996, NJ 1998, 415 / 3.7  
HR 13 september 1996, NJ 1996, 731 / 2.1, 4.5.2  
HR 4 oktober 1996, NJ 1998, 45 / 2.4.1  
HR 22 november 1996, NJ 1997, 718 / 2.3, 3.3

**1997**

HR 3 januari 1997, NJ 1997, 451 m.nt. JdB / 4.7.2  
HR 21 februari 1997, NJ 1998, 4 m.nt. HJS / 2.5  
HR 25 juni 1997, NJ 1998, 776 / 2.5  
HR 2 mei 1997, NJ 1998, 273 m.nt. HJS / 2.1  
HR 31 oktober 1997, NJ 1998, 85 / 5.8

**1998**

HR 27 januari 1998, NJ 1998, 404 / 7.10  
HR 30 januari 1998, NJ 1998, 459 m.nt. JBMV / 5.6.5  
HR 6 februari 1998, NJ 1999, 479 / 2.5, 4.4, 7.4  
HR 9 februari 1998, NJ 1999, 478 m.nt. HJS / 7.4  
HR 30 maart 1998, NJ 1998, 554 m.nt. DA / 2.4.2  
HR 15 mei 1998, NJ 1998, 624 / 5.4, 5.6.5  
HR 15 mei 1998, NJ 1998, 625 / 3.8  
HR 11 september 1998, NJ 1999, 664 m.nt. MMM/ 2.1  
HR 16 oktober 1998, NJ 1999, 7 / 5.4, 5.6  
HR 20 november 1998, NJ 1999, 85/ 5.4  
HR 11 december 1998, NJ 1999, 341 / 4.6  
HR 18 december 1998, NJ 2000, 341 m.nt. DA / 4.7.7

**1999**

HR 29 januari 1999, NJ 1999, 245 / 5.8  
HR 2 april 1999, NJ 1999, 656 / 6.6.5  
HR 16 april 1999, NJ 1999, 666 m.nt. P. Clausing / 7.4, 7.6  
HR 22 oktober 1999, NJ 2000, 208 m.nt. J.H. / 1.4  
HR 9 november 1999, NJ 2000, 461 m.nt. 't H / 4.7.7, 4.7.8  
HR 5 november 1999, NJ 2000, 64 / 2.5  
HR 13 november 1999, NJ 2002, 438 / 4.7.6

**2000**

HR 11 februari 2000, NJ 2001, 131 m.nt. DA  
HR 7 april 2000, NJ 2001, 32 / 6.8  
HR 12 mei 2000, NJ 2000, 440 / 7.3  
HR 17 november 2000, NJ 2001, 596 m.nt. DA / 5.8

**2001**

HR 13 april 2001, NJ 2002, 391, m.nt. HJS / 6.8  
HR 20 april 2001, LJN AB1201 / 4.7.6  
HR 27 april 2001, NJ 2002, 91 m.nt. CJHB / 1.4  
HR 31 mei 1991, NJ 1991, 524 / 7.7.2  
HR 8 juni 2001, NJ 2001, 443 / 5.4  
HR 29 juni 2001, NJ 2001, 495 / 5.6, 6.1  
HR 7 september 2001, NJ 2001, 615 / 5.8  
HR 28 september 2001, NJ 2002, 104 m.nt. Verkade / 2.4.1  
HR 30 oktober 2001, NJ 2003, 201 / 2.4.1, 3.2  
HR 30 november 2001, NJ 2002, 462 m.nt. JdB / 4.8  
HR 14 december 2001, NJ 2002, 73 / 7.4  
HR 21 december 2001, NJ 2002, 60 / 6.6.2, 6.6.3

**2002**

HR 12 april 2002, LJN AD9114 / 3.4  
HR 31 mei 2002, NJ 2003, 589 m.nt. JBMV / 4.8  
HR 7 juni 2002, NJ 2002, 394 / 2.1, 2.4.3,  
HR 9 augustus 2002, NJ 2004, 47 m.nt. HJS / 2.1, 4.7.6, 4.7.7  
HR 13 september 2002, NJ 2004, 18 m.nt. HJS / 4.4, 7.4  
HR 25 oktober 2005, NJ 2003, 171 / 6.3  
HR 1 november 2002, NJ 2005, 281 m.nt. HJS / 5.6, 6.7  
HR 15 november 2002, NJ 2004, 2 / 4.6  
HR 29 november 2002, NJ 2004, 304 / 5.7  
HR 6 december 2002, NJ 2003, 63 / 7.3  
HR 20 december 2002, NJ 2004, 4 m.nt. JBMV / 4.7.2, 4.7.3

**2003**

HR 24 januari 2003, NJ 2003, 166 / 6.8  
HR 31 januari 2003, NJ 2004, 48 m.nt. DA / 2.5  
HR 14 maart 2003, NJ 2003, 313 / 3.3  
HR 8 april 2003, LJN AF4131 / 4.7.7  
HR 8 april 2003, NJ 2004, 188 m.nt. PMe / 4.7.8  
HR 11 april 2003, NJ 2004, 568 m.nt. MMM / 5.6.5, 5.7  
HR 18 april 2003, NJ 2004, 306 m.nt. DA / 5.7  
HR 1 maart 2002, NJ 2003, 355 m.nt. HJS / 4/6  
HR 14 maart 2003, NJ 2003, 313 / 3.3  
HR 2 mei 2003, NJ 2003, 468 / 5.6.5, 5.7  
HR 2 mei 2003, JOL 2003, 259 / 4.3  
HR 7 juli 2003, NJ 2003, 567 / 4.5.2  
HR 11 juli 2003, NJ 2003, 576 / 4.5.2  
HR 12 september 2003, NJ 2005, 441 m.nt. DA onder NJ 2005, 442 / 4.4, 4.6  
HR 19 september 2003, NJ 2005, 454 m.nt. DA / 2.4.3  
HR 26 september 2003, NJ 2004, 460 m.nt. JBMV bij NJ 2004, 461 / 3.8  
HR 3 oktober 2003, NJ 2004, 3 / 4.5.2.  
HR 17 oktober 2003, NJ 2003, 721 / 6.6.3  
HR 31 oktober 2003, NJ 2006, 112 m.nt. C.E. du Perron / 1.6, 3,5

HR 14 november 2003, NJ 2005, 269 m.nt. Asser / 6.7  
HR 5 december 2003, NJ 2004, 75 / 3.3, 7.10  
HR 19 december 2003, NJ 2004, 584 / 4.4, 7.4  
HR 19 december 2003, NJ 2004, 151 / 6.1, 6.5

#### **2004**

HR 19 maart 2004, NJ 2004, 307 m.nt. DA / 5.8  
HR 26 maart 2004, RvdW 2004, 54 / 4.7.2  
HR 16 april 2004, NJ 2004, 425 / 6.6.5  
HR 7 mei 2004, NJ 2004, 422 m.nt. DA / 5.8  
HR 29 juni 2004, LJN AO5070 / 4.7.6  
HR 1 oktober 2004, NJ 2005, 92 / 3.8  
HR 3 december 2004, NJ 2005, 118 m.nt. M.R. Mok / 3.8

#### **2005**

HR 11 februari 2005, NJ 2005, 442 m.nt. DA / 4.4, 7.4  
HR 1 april 2005, NJ 2006, 5 / 4.5.2  
HR 14 juni 2005, NJ 2005, 353 / 4.7.6  
HR 24 juni 2005, NJ 2006, 46 / 3.8  
HR 9 september 2005, NJ 2006, 619 / 7.4  
HR 23 september 2005, NJ 2006, 471 / 4.6  
HR 27 september 2005, NJCM-Bulletin (2005) p. 1173-1174 / 4.5  
HR 9 december 2005, NJ 2006, 560 / 6.1

#### **2006**

HR 13 januari 2006, NJ 2006, 282 / 3.7  
HR 13 januari 2006, NJ 2006, 480 m.nt. G.R. Rutgers / 4.7.7  
HR 20 januari 2006, NJ 2006, 78 / 4.7.2, 5.8  
HR 7 februari 2006, NJ 2006, 158 / 3.8  
HR 10 februari 2006, NJ 2006, 241 / 3.8  
HR 17 februari 2006, NJ 2006, 156 / 2.5  
HR 17 februari 2006, NJ 2006, 158 / 3.8  
HR 17 februari 2006, NJ 2007, 285 m.nt. CJHB / 5.6.5, 5.7  
HR 24 februari 2006, JBPr 2006, 77 / 3.4  
HR 24 maart 2006, NJ 2007, 377 m.nt. C.J.H. Brunner / 1.4  
HR 31 maart 2006, NJ 2006, 233 / 3.8  
HR 9 mei 2006, NJ 2006, 622 m.nt. J. De Boer / 4.7.6, 4.7.7  
HR 9 juni 2006, NJ 2006, 327 / 5.6, 6.3  
HR 29 juni 2006, NJ 2008, 177 m.nt. H.J. Snijders / 3.3  
HR 2 september 2006, NJ 2006, 291 m.nt. EJD / 4.7.7  
HR 8 september 2006, NJ 2006, 493 / 7.6, 7.9  
HR 6 oktober 2006, NJ 2006, 547 / 4.7.4  
HR 17 november 2006, NJ 2006, 621 / 5.60  
HR 24 november 2006, NJ 2006, 539 m.nt. HJS / 2.5  
HR 15 december 2006, NJ 2007, 448 / 4.5.2,  
HR 15 december 2006, NJ 2007, 203 m.nt. M.R. Mok / 5.8



**2007**

HR 2 februari 2007, NJ 2008, 104 m.nt. C.E. du Perron / 1.4  
HR 16 maart 2007, NJ 2008, 219 m.nt. C.J.M. Klaassen / 5.6.5  
HR 23 maart 2007, NJ 2007, 178 / 2.5  
HR 30 maart 2007, NJ 2007, 189 / 4.4, 7.4  
HR 25 april 2007, NJ 2008, 462 m.nt. Heerma van Voss bij NJ 2008, 465 / 5.8  
HR 25 mei 2007, NJ 2007, 294 / 2.5  
HR 25 mei 2007, NJ 2008, 463 / 5.8  
HR 27 mei 2007, NJ 2008, 407 m.nt. J. Legemate / 4.7.6  
HR 15 juni 2007, NJ 2007, 335 / 5.8  
HR 22 juni 2007, NJ 2007, 344 / 4.5  
HR 29 juni 2007, NJ 2008, 177 m.nt. H.J. Snijders en J. Legemate / 7.5  
HR 30 oktober 2007, NJ 2008 115 / 4.7.6  
HR 2 november 2007, NJ 2008, 551 m.nt. C.J.M. Klaassen / 5.8  
HR 2 november 2007, NJ 2007, 597 / 2.5  
HR 30 november 2007, NJ 2008, 91 m.nt. Maeijer / 5.7  
HR 7 december 2007, NJ 2008, 554 m.nt. H.J. Snijders / 4.6

**2008**

HR 8 februari 2009, NJ 2008, 92 / 2.5  
HR 15 februari 2008, NJ 2008, 111 / 1.4, 7.5  
HR 22 februari 2008, NJ 2008, 124 / 2.5  
HR 22 februari 2008, NJ 2010, 543 / 4.7.2  
HR 22 februari 2008, NJ 2010, 542 m.nt. J. Legemate en C.J.M. Klaassen / 2.4.1, 4.7.2, 4.7.3  
HR 14 maart 2008, NJ 2008, 466 m.nt. J.M.M. Maeijer / 3.8  
HR 4 april 2008, NJ 2008, 201 / 6.8  
HR 11 april 2008, NJ 2008, 223 / 2.5  
HR 18 april 2008, NJ 2008, 243 / 2.5  
HR 25 april 2008, NJ 2008, 553 m.nt. H.J. Snijders / 4.5.2, 6.6.1  
HR 25 april 2008, BNB 2008, 162 m.nt. P.G.H. Albert / 4.7.2  
HR 27 mei 2008, NJ 2008, 407 m.nt. J. Legemate / 4.7.6  
HR 6 juni 2008, NJ 2008, 323 / 4.4  
HR 13 juni 2008, NJ 2008, 336 / 2.5  
HR 20 juni 2008, NJ 2009, 21 / 4.5, 4.6  
HR 11 juli 2008, NJ 2008, 401 / 7.4  
HR 26 september 2008, NJ 2008, 521 / 4.4  
HR 7 oktober 2008, NJ 2009, 44 / 7.6, 7.7  
HR 21 oktober 2008, NJ 2008, 630 m.nt. J. Legemate / 4.7.6  
HR 4 november 2008, NJ 2009, 137 / 2.5  
HR 21 november 2008, NJ 2008, 608 / 4.4  
HR 21 november 2008, NJ 2009, 477 / 2.5

**2009**

HR 16 januari 2009, NJ 2009, 437 / 2.5  
HR 16 januari 2009, NJ 2009, 54 / 3.4  
HR 13 februari 2009, NJ 2009, 106 / 2.5

HR 10 april 2009, NJ 2010, 471 m.nt. C.J.M. Klaassen / 2.1, 2.3, 2.4.3, 4.7.2, 4.7.6  
HR 26 mei 2009, NJ 2009, 263 / 4.7.7  
HR 19 juni 2009, NJ 2010, 154 m.nt. Snijders / 4.6  
HR 11 september 2009, LJN BI6944 / 6.8  
HR 20 november 2009, RvdW 2009, 1363 / 3.4

## **2010**

HR 12 maart 2010, LJN BK 9158 / 7.10  
HR 26 november 2010, NJ 2010, 634 / 4.5.2  
HR 3 december 2010, NJ 2010, 650 / 4.6  
HR 24 december 2010, LJN BO3528 / 6.8, 7.6

## **Europese Hof voor de Rechten van de Mens**

EHRM 23 juni 1981, NJ 1982, 602, m.nt. EEA (le Compte) / 2.5  
EHRM 23 juni 1993, serie A, vol 262 § 63 (Ruiz-Mateos) / 2.5  
EHRM 27 oktober 1993, NJ 1994, 534 (Dombo Beheer/Nederland) / 4.7.2, 6.8  
EHRM 19 april 1994, NJ 1995, 462 m.nt. EEA (Van de Hurk/Nederland), § 59 / 2.5  
EHRM 22 september 1994, serie A. vol. 296A (Hentrich/Frankrijk) / 2.5  
EHRM 21 november 1995, serie A no. 333-A P. 17 (Acquaviva/Frankrijk) / 2.5  
EHRM 20 februari 1996, 1996-33 (Vermeulen/België) / 2.5  
EHRM 20 februari 1996, 1996-31 (Lobo Machado/Portugal) / 2.5  
EHRM 18 februari 1997, NJ 1997, 590 (Nideröst-Huber/Zwitserland) / 2.5  
EHRM 25 februari 1997, NJ 1999, 516 m.nt. Kn (Z/Finland) / 4.7.2, 4.7.4  
EHRM 18 maart 1997, NJ 1998, 278, JB 1997, m.nt. AWH / 2.5  
EHRM 27 augustus 1997, NJ 1999, 464 m.nt. J.C.J (M.S./Zweden) / 4.7.2  
EHRM 27 maart 1998, NJ 1998, 111 m.nt. DA (KdB/Nederland) / 2.5  
EHRM 15 februari 2007, NJ 2008, 434 m.nt. EJD (Boldea/Roemenië) / 2.5  
EHRM 15 december 2009, NJB 2010, p. 419 / 4.7.8

## **Hof van Justitie voor de Europese Gemeenschappen**

HvJ EG 1 juni 1999, C-126/97, Jurispr. 1999, p. I-3055 (Eco Swiss) / 3.8  
HvJ EG 27 juni 2000, C-240/98, NJ 2000, 730 (Océano) / 3.8  
HvJ EG 21 november 2002, C-473/00, Jr. 2002, p. I-10875, NJ 2003, 703 m.nt. M.R. Mok (Codifis) / 3.8  
HvJ EG 13 juli 2006, C-295/04, NJ 2007, 34 m.nt. M.R. Mok (Manfredi) / 3.8  
HvJ EG 26 oktober 2006, C-168/05, NJ 2007, 201 m.nt. M.R. Mok (Mostaza Claro) / 3.8  
HvJ EG 4 oktober 2007, C-429/05, NJ 2008, 37 m.nt. M.R. Mok (Rampion) / 3.8  
HvJ EG 6 oktober 2009, C-40/08, NJ 2010, 11 m.nt. M.R. Mok (Asturcom Telecomunicaciones) / 3.8  
HvJ EG 17 december 2009, C-227/08, LJN BK7889 (Martín) / 3.8  
HvJ EG 9 november 2010, C-137/08 (Pénzügyi) / 3.8



## Trefwoordenregister

(De nummers verwijzen naar de paragrafen in de tekst)

### A

aangifte strafbaar feit / 2.4.2  
 aannemelijk zijn van feiten / 5.7  
 aannemelijkheidsmaatstaf / 5.4; 5.7  
 aanvang van de waarheidsvinding / 4.4  
 aanvullen van feiten / 3.7  
 aanvullen van rechtsfeiten / 3.8  
 aanvullen van rechtsgronden / 3.8  
*academy of experts* / 7.7.2  
*accuracy* / 2.2; 2.6; 3.5; 6.4  
 accusatoir procesrecht / 4.1  
 actieve rechter / 2.4.4; 3.1; 3.4; 3.7; 3.8; 8.2  
*adversarial proceedings* / 2.5  
 advies aan de rechter / 7.3  
 afhankelijkheid van de rechter van partijen / 5.2  
 akte / 1.8; 5.1  
 ALI/Unidroit-Principles / 2.4.6; 2.6; 3.1; 3.2; 3.3; 3.7; 5.4; 7.7.2  
 algemene voorschriften voor procedures / 2.6  
 alternatieve hypothese / 5.6.4; 5.6.5  
*amicus curiae* / 3.3  
 Andrews, Neil / 2.6; 7.1; 7.3  
 arts / 1.7; 4.7.6; 5.3; 5.5; 5.6.1; 5.6.2; 5.6.3; 7.2; 7.10  
 a priori-kansbepaling / 5.5  
 asymmetrie kennisverwerving *testimony* / 6.4; 6.6.5  
*Aufklärungs- und Hinweispflicht* / 2.8  
 axioma's / 5.2

### B

Bayesiaanse redeneren / 5.6.5  
 Bayesiaanse statistiek / 5.5  
 bedrog / 2.2; 2.4.1  
 beginsel van doeltreffendheid / 5.8  
 beginsel van effectieve rechtsbescherming / 2.3; 3.7; 3.8; 5.8  
 beginsel van *equality of arms* / 2.5; 4.7.2; 4.7.3; 4.7.7; 4.8; 5.8; 7.5  
 beginsel van hoor en wederhoor / 3.7; 3.8; 4.5.2; 4.6; 4.8  
 beginsel van subsidiariteit / 4.7.8  
 beginselen van procesrecht / 2.6  
 beginsel van vrije bewijskracht / 5.1; 6.3; 6.7  
 beginsel van vrije bewijswaardering / 2.4.5; 2.7; 5.1; 6.1; 6.2; 6.3; 7.1; 7.6  
 begrenzingen aan de waarheidsvinding / 4.4; 4.5  
 behoedzaamheid bij bewijswaardering / 6.4  
 belang van partijen / 3.5  
 belang van een voortvarende procedure / 4.6  
 belang van vertrouwelijkheid / 4.8  
 belang van waarheidsvinding / 2.4  
 belangenafweging  
 - belangenafweging waarheidsvinding en geheimhoudingsplicht / 4.7.6; 4.7.7; 4.7.8  
 - belangenafweging waarheidsvinding en normschending / 4.8

- belangenafweging waarheidsvinding en vertrouwelijkheid / 4.7.1; 4.7.2; 4.7.3; 4.7.4; 4.7.5
- belangenafweging waarheidsvinding en voortvarende procedure / 4.6
- Bennet. W.F. en Feldman. M.S. / 6.6.4
- Bentham, Jeremy / 1.5; 6.1
- beoordeling van getuigenverklaringen / 6.2; 6.3; 6.6.1; 6.6.2; 6.6.3; 6.6.4; 6.5; 6.7
- beoordeling van een deskundigenbericht / 7.9; 7.10
- beredeneerde gevolgtrekking / 5.3
- beslissingsgerichtheid / 4.3; 5.4
- best explanation* / 5.2
- betrouwbaarheid van de deskundige / 7.2; 7.9
- betrouwbaarheid van de getuige / 6.5
- bewijs
  - koningin van het bewijs / 5.6.2
  - schriftelijk bewijs / 1.5.2; 1.8; 5.1; 5.6.2; 6.1
- bewijsaanbod / 2.5; 4.1; 4.5.2; 4.6; 4.7.4; 7.3
- bewijsbeslag / 4.7.1; 4.7.3
- bewijsbeslissing / 1.7; 5.7; 7.9
  - eigenlijke bewijsbeslissing / 1.5.2; 5.1; 5.2
  - motivering van de bewijsbeslissing / 6.3
  - oneigenlijke bewijsbeslissing / 1.5.3
  - positieve bewijsbeslissing / 5.6.5
- bewijskracht / 5.1; 5.6.2; 6.8
- bewijslast / 5.8
- bewijslastverdeling / 5.8
- bewijsmiddel
  - beschikbaarheid van het bewijsmiddel / 5.6.5
  - diagnostische waarde van het bewijsmiddel / 5.5
  - kwaliteit van het bewijsmiddel / 5.5; 5.6.2
  - natuurlijk bewijsmiddel / 6.1
  - omvang van het bewijsmiddel / 5.6.3
  - ontbrekend bewijsmiddel / 5.6.3; 5.7
  - onvolledige bewijsmiddelen / 5.6.3
  - reikwijdte van het bewijsmiddel / 5.6.3; 5.6.3; 5.7
  - relevantie van het bewijsmiddel / 5.6.1
- bewijsnood / 5.8
- bewijsopdracht / 1.5.3; 6.6.1
- bewijsovereenkomst / 4.7.2; 4.8
- bewijspositie van een partij / 4.7.3; 4.7.8
- bewijspositie van de wederpartij / 4.7.3
- bewijsrecht / 2.4.5; 2.7; 5.1 t/m 5.8
  - formalistisch bewijsrecht / 2.7
  - rationalistische traditie van het bewijsrecht / 2.2
- rationalisatie van het bewijsrecht / 2.7
- bewijsvermoeden / 5.7
- bewijswaardering / 2.7; 2.4.5; 5.1; 5.4; 5.5; 5.6
  - bewijswaardering getuigenverklaringen / 6.3; 6.6; 6.6.1; 6.6.2; 6.6.3; 6.6.4; 6.6.5; 6.7
  - bewijswaardering deskundigenbericht / 7.6; 7.9; 7.10
  - gebonden bewijswaardering / 2.7
  - vrije bewijswaardering / 2.7; 5.1; 7.6
- bewijswaarderingsmaatstaf / 5.1; 5.3; 5.6; 6.3
  - civielrechtelijke bewijswaarderingsmaatstaf / 5.4; 5.6.5
  - gekwantificeerde bewijswaarderingsmaatstaf / 5.5
  - inhoud bewijswaarderingsmaatstaf / 5.6.5
  - intersubjectieve bewijswaarderingsmaatstaf / 5.6
  - strafrechtelijke bewijswaarderingsmaatstaf / 5.4
  - variabele bewijswaarderingsmaatstaf / 5.4
  - bewijswaarderingsmaatstaf ALI/Unidroit-Principles / 5.4
  - bewijswaarderingsmaatstaf *beyond reasonable doubt* / 5.4; 5.6
  - bewijswaarderingsmaatstaf *preponderance of possibilities* / 5.4

- bewijsgaring  
 - onrechtmatige bewijsgaring / 4.8  
 bewijzen  
 - juridisch bewijzen / 5.2  
 - onzekerheid juridische bewijzen / 5.3  
 - wiskundig bewijzen / 5.2  
 - wetenschappelijk bewijzen / 5.2  
*beyond reasonable doubt* / 5.6  
 Beecher-Monas, Erica / 7.10  
 bijenkoningin / 6.9  
 Blackburn, Simon / 1.7; 6.9  
 bronbescherming / 4.7  
 buitengrenzen van de waarheidsvinding / 3.2
- C**  
 casus / 1.1; 3.6  
 cassatieberoep / 1.3; 3.3; 4.5  
 cirkelgang van de rechter / 1.4  
 coherentie getuigenverklaring / 6.6.4; 6.7  
 coherentie deskundigenbericht / 7.9  
 comparitie / 1.5.1; 1.5.3; 2.4.4; 2.4.6; 3.2; 3.4; 4.4; 4.5.2; 4.6; 7.8; 8.1  
*competence dimension* / 7.7  
 consistentie getuigenverklaring / 6.6.2  
 consistentie deskundigenbericht / 7.9  
 contractuele geheimhouding / 4.7.2; 4.8  
*conviction intime* / 6.1; 6.3  
 correctheid / 2.2; 2.6; 3.5; 6.4  
*credibility* / 6.5  
 criteria  
 - criteria bewijswaardering / 5.6.1; 5.6.2; 5.6.3; 5.6.4  
 - criteria beoordeling van getuigenverklaringen / 6.2; 6.3; 6.6.1; 6.6.2; 6.6.3; 6.6.4; 6.6.5; 6.7; 8.3  
 - criteria beoordeling deskundigenbericht / 7.9; 7.10; 8.3
- D**  
 Damaška, Mirjan / 2.5; 3.5  
*default rule* / 6.4  
 Daubert-norm / 7.10  
 definitief karakter van waarheidsvinding / 4.3; 5.2; 8.4  
 derde voeging of tussenkomst derde / 3.3  
 deskundige  
 - deskundigheid van de deskundige / 7.7.2  
 - maatstaf inschakelen deskundige / 7.5  
 - onpartijdigheid van de deskundige / 7.7.1  
 - persoon van de deskundige / 7.7  
 - vraagstelling aan de deskundige / 7.8  
 deskundigenbericht  
 - afwijken deskundigenbericht / 7.6  
 - beoordeling van een deskundigenbericht / 7.9; 7.10  
 - coherentie deskundigenbericht / 7.9  
 - consistentie deskundigenbericht / 7.8  
 - deskundigenbericht als advies / 7.3  
 - deskundigenbericht als bewijsmiddel / 7.3  
 - deskundigenbericht ter voorlichting rechter / 7.3  
 - epistemologisch karakter deskundigenbericht / 7.2  
 - kosten deskundigenbericht / 7.5  
 - kwaliteit deskundigenbericht / 7.9  
 - maatstaf inwinnen deskundigenbericht / 7.5  
 - methodologie deskundigenbericht / 7.10  
 - procesrechtelijk karakter deskundigenbericht / 7.3  
 - relevantie deskundigenbericht / 7.9  
 - tegenstrijdige deskundigenberichten / 7.10  
 - vrijheid om deskundigenbericht in te winnen / 7.3  
 - waardering deskundigenbericht / 7.6  
 deskundigenparadox / 7.1; 7.5; 7.8  
 detaillering van getuigen verklaring / 6.6.3  
 diagnostische waarde van een bewijsmiddel / 5.5  
 diagnostische waarde van getuigenverklaringen / 6.5  
*disclosure* / 2.6

*disclosure statement* / 7.7.1; 7.7.2  
 discretionaire bevoegdheden rechter / 4.6;  
 7.5  
 doorvragen rechter / 3.6; 6.1; 6.6.2; 6.6.3;  
 6.6.4; 6.6.5; 6.9; 8.1  
 dwalende getuige / 6.5  
 dwingend bewijs / 1.8; 2.7; 5.1; 5.6.2  
 Dwyer, Déirdre / 7.1; 7.2; 7.3; 7.10

**E**

eed / 2.4.3; 6.2  
 eedhelpers / 6.1  
 effectieve rechtsbescherming / 2.3; 3.7;  
 3.8; 5.8  
 eigen partijdeskundigenbericht / 7.5  
 eigen specialistische kennis van de  
 rechter / 7.5  
 eigen waarneming van een getuige / 6.6.3  
 eindbeslissingen / 4.5  
 einde van de waarheidsvinding / 4.4  
*empirical inquiry* / 5.2  
 epistemologie / 1.7; 6.4; 7.2  
*equality of arms* / 2.5; 4.7.2; 4.7.3; 4.7.7;  
 4.8; 5.8; 7.5  
*error rate* / 7.10  
 ervaringsregels / 1.3; 6.6.4; 7.5  
 exhibitieplicht / 2.4.2; ; 2.4.4; 4.7.1;  
 4.7.2; 4.7.3; 4.7.4  
*expert facts* / 7.2  
*eyes and ears of justice* / 6.1

**F**

fasen van feitenvaststelling / 1.5; 1.5.1;  
 1.5.2; 1.5.3  
 familial verschoningsrecht / 4.7.6  
 feiten  
 - bestaan van feiten / 1.7  
 - betwiste feiten / 1.4.2  
 - blote feiten / 1.7  
 - feit en fictie / 1.7; 2.1  
 - feit en recht / 1.2  
 - feiten als constructies / 1.1; 1.7  
 - feitencomplex / 7.2  
 - feiten en rechtsregels / 1.2  
 - feitenkwalificatie / 1.2; 7.2  
 - feit van algemene bekendheid / 6.7  
 - kale feiten / 1.7

- nieuwe feiten / 4.5.2; 4.6  
 - omschrijving van feiten / 1.2  
 - processuele feiten / 1.3  
 - relevante feiten / 1.5; 1.6  
 - selectie van feiten / 1.5; 1.6  
 - ware/onware feiten / 1.7  
 feitengevoeligheid / 1.1  
 feitenonderzoek / 1.7; 2.4.4; 3.2; 5.2; 5.3;  
 7.10  
 formalistisch bewijsrecht / 2.7  
 formele waarheid / 2.7; 3.4  
 Frank, Jerome / 1.1; 1.7; 2.2  
 Frye-test / 7.10  
 functionele verschoningsrechten / 4.7.6  
 fundamentele herbezinning Nederlands  
 burgerlijk procesrecht / 2.3; 3.1; 3.4;  
 3.7; 3.8  
 fundamentele onzekerheid positie  
 spreker / 6.4

**G**

gebonden bewijswaardering / 2.7; 6.2  
 geheimhoudingsbeding / 4.7.2; 4.8  
 geheimhouding  
 - contractuele geheimhoudingsplicht /  
 4.7.2; 4.8  
 - maatschappelijke belang van  
 geheimhouding / 4.7.6; 4.7.7; 4.7.8  
 - wettelijke geheimhoudingsplicht /  
 4.7.6  
 gelijkwaardige bewijspositie partijen /  
 4.7.2  
 geloofwaardigheid ('*credibility*') van de  
 getuige / 6.5  
 geloofwaardigheid van getuigen-  
 verklaringen / 6.2  
 gematigd-objectiefrechtelijke bewijsleer /  
 5.8  
 generalisaties / 7.5; 5.3  
 getuige  
 - capaciteiten van de getuige / 6.6.4  
 - eigen waarneming van de getuige /  
 6.6.3  
 - fysieke houding van de getuige /  
 6.6.5  
 - gijzelen van de getuige / 2.4.3  
 - ligende getuige / 6.5

- opfrisplicht van de getuige / 2.4.3
  - partijgetuige / 2.4.3; 6.8
  - toegelaten worden als getuige / 6.2
  - verhaal van de getuige / 6.6.4
  - wraken van getuige / 6.2
  - getuigenverklaring / 5.5; 5.6.2; 5.6.3; 6.1 t/m 6.10
    - begrijpelijkheid getuigenverklaring / 6.6.4
    - beoordeling van getuigenverklaring / 6.6; 6.6.1; 6.6.2; 6.6.3; 6.6.4; 6.6.5; 6.7; 6.8
    - consistentie van getuigenverklaring / 6.6.2
    - criteria toetsing getuigenverklaring / 6.6.1; 6.6.2; 6.6.3; 6.6.4; 6.6.5
    - identieke getuigenverklaring / 6.6.2
    - inschatting waarheidsgetrouwheid getuigenverklaring / 6.7
    - interpretatieve karakter van getuigenverklaring / 6.9
    - kwaliteit van getuigenverklaring / 6.6.3
    - narratieve structuur van getuigenverklaring / 3.5; 6.6.4
    - tegenstrijdige getuigenverklaring / 6.6.2
    - relevantie van getuigenverklaring / 6.6.1; 1.4
  - getuigenverhoor / 2.2; 2.4.4; 4.1; 4.5.2; 4.6; 5.2; 6.1; 6.6.1; 6.6.2; 6.6.3; 6.6.4; 6.6.5; 7.1; 7.3; 7.4
    - heropening van het getuigenverhoor / 4.6
    - verslaglegging getuigenverhoor / 6.6.2; 6.6
    - voorlopig getuigenverhoor / 4.4; 4.7.4; 7.4
  - getuigplicht / 2.4.3; 6.1
  - godsoordeel / 2.7
  - goede procesorde / 2.5
  - goede rechtsbedeling / 2.1
  - grievensstelsel / 4.4
- H**
- Haack, Susan / 1.7; 5.2; 7.10
- Hacking, Ian / 1.7
- handelingspraktijk / 1.5
- handschriftkunde / 7.10
- herkansing in hoger beroep / 4.5
- herroeping vonnissen / 4.4
- herinnering / 6.5
  - onjuiste herinnering / 6.5
- herstel van kennelijke fouten / 4.4
- hiërarchie van bewijsmiddelen / 5.6.2
- historicus / 5.2; 6.1
- historisch bewijs / 5.2
- historische werkelijkheid / 1.7
- hoger beroep / 2.4.6; 2.4.7; 4.5; 4.5.1; 4.5.2; 8.1
- hoor en wederhoor / 2.5; 3.7; 3.8; 4.5.2; 4.6; 4.8
- hypothese / 5.2; 5.5
  - alternatieve hypothese / 5.6.4
- I**
- ijkpunten bij de bewijswaardering / 5.6; 5.6.1; 5.6.2; 5.6.3; 5.6.4
  - ijkpunt alternatieve hypothese / 5.6.4
  - ijkpunten kwaliteit / 5.6.5
  - ijkpunt reikwijdte / 5.6.3
  - ijkpunt relevantie / 5.6.1
- inductie / 5.3
- inductieve redeneringen / 5.3
- informatieplichten / 2.4.2; 2.4.4; 3.5; 4.7.1; 4.7.2; 4.7.3; 4.7.4
  - informatieplicht derden / 4.7.5
  - informatieplicht partijen / 4.7.1
- innerlijke overtuiging van de rechter / 6.3; 6.6.5; 7.6
- interpretatie / 1.2; 1.4; 1.7; 6.6.4; 6.9
- intersubjectief / 6.6.5
- Inquisitoir procesrecht / 4.1
- intuïtie van de rechter / 5.5; 6.3; 6.6.5
- inzagerecht / 4.7.1
- J**
- journalistiek verschoningsrecht / 4.7.8
- journalistieke bronbescherming / 4.7
- jurisprudentiële bewijsvermoedens / 5.8
- junk science* / 7.10
- juridica non sunt probanda / 1.3



**K**

kansbepaling  
 - a priori-kansbepaling / 5.5  
 - frequentistische of empirische kansbepaling / 5.5  
 - mathematische kansbepaling / 5.5  
 - subjectieve kansbepaling / 5.5  
 kennisparadox / 6.4  
 kortgeding / 5.7  
 kruiswoordpuzzel / 5.2  
 kwalificeren feiten / 1.2; 1.7; 3.5; 3.8; 7.2  
 kwaliteit van een bewijsmiddel / 5.5;  
 5.6.2  
 kwaliteit van een deskundigenbericht /  
 7.9  
 kwaliteit van een getuigenverklaring /  
 6.6.3

**L**

*lawyers stories* / 3.5  
 legitimiteit van rechterlijke beslissingen /  
 2.3; 3.4; 4.1; 6.1  
*lettres passent témoins* / 5.6.2  
 leugens / 2.4.1; 6.4; 6.5  
*level of evidence* / 5  
 lijdelijkheid van de rechter / 3.1; 3.7  
 lijm in de bewijsredenering / 5.3; 7.5  
*lost facts* / 6.1  
 Luban / 2.3  
 Luhmann, Niklas / 4.1

**M**

maatschappelijk belang van waarheid /  
 2.3  
 maatschappelijke belangen van  
 geheimhouding / 4.7.6  
 maatstaf voor het inwinnen van een  
 deskundigenbericht / 7.5  
 marginale rechterlijke toetsing / 4.7.7  
 materiële rechtspositie partij / 2.2; 2.3;  
 3.7; 3.8; 4.2; 5.8; 8.2  
 materiële waarheid / 2.1; 2.4.5; 2.7; 3.2;  
 3.7; 5.8; 8.1  
 materiële procespartijautonomie / 3.1  
 materiële procesleiding / 3.8  
 mededelingsplichten / 2.4.2; 2.4.4; 4.7.1;  
 4.8

mededelingsverbod / 4.7.3  
 medewerkingsplicht / 5.8  
 medicus / 1.7; 4.7.6; 5.3; 5.5; 5.6.1;  
 5.6.2; 5.6.3; 7.2; 7.10  
 mediation / 2.3; 4.7.6  
 mediator / 2.3; 4.7.6  
 meervoudig beslissen / 6.9  
 memorie van grieven / 4.6  
 mening / 7.2  
 methodologie deskundigenbericht / 7.10  
 methodologie van bewijzen / 5.2  
 methodologie wetenschappelijke  
 expertise / 7.10  
 Moltzer / 2.3; 5.8  
 mondelinge behandeling / 1.5.1; 1.5.3;  
 2.4.4; 2.4.6; 3.2; 3.4; 4.4; 4.5.2; 4.6;  
 6.1; 7.8  
 mondelinge behandeling hoger beroep /  
 2.4.6  
 moraliteit van de rechter / 6.3  
 motiveren rechterlijke beslissing / 5.1;  
 6.3; 7.4  
 motiveringsplicht partijen / 2.1.3; 4.5.2;  
 5.6.4

**N**

narratieve structuur / 3.5; 6.6.4  
 narrativiteit / 3.5; 6.6.4  
 narratologie / 3.5  
 nieuwe bewijsstukken / 4.5.2; 4.6  
 nieuwe feiten / 4.5.2; 4.6  
 nieuwe stellingen / 4.5.2; 4.6  
 odeloos veroorzaakte kosten / 4.5.2; 4.6  
 normatieve element feitenvaststelling /  
 1.6  
 normatief standpunt feiten / 3.5  
 normering rechterlijke bevoegdheden /  
 5.6; 7.4; 8.3  
 non liquet / 5.8

**O**

omkeringsregel / 5.7; 5.8  
 onaanvaardbare vertraging van de  
 procedure / 4.6  
 onbepaaldheid / relevante feiten / 1.4  
 onderzoeksbevoegdheden rechter / 2.4.4;  
 4.5.2; 4.6

oneigenlijke bewijsbeslissing / 1.5.2  
ongelijkheidscompensatie / 3.8  
onjuiste herinnering / 6.5  
onjuiste waarneming / 6.5  
onpartijdigheid van de deskundige / 7.7.1  
onrechtmatig verkregen bewijs / 4.8  
- strafrechtelijk onrechtmatig  
verkrege bewijs / 4.8  
onrechtmatige bewijsgaring / 4.8  
onschuldseed / 6.1  
ontbrekende bewijsmiddelen / 5.6.3; 5.7  
onvolledige bewijsmiddelen / 5.6.3  
onzekerheid  
- onzekerheid over positie van de  
spreker / 6.4  
- onzekerheid betrouwbaarheid  
bewijsmiddelen / 5.3  
- onzekerheid rechterlijke bewijs-  
beslissing / 5.3  
- onzekerheid van juridisch  
bewijzen / 5.3  
oordeelsvermogen van de rechter / 2.7  
open normen / 1.1; 1.2; 1.5  
openbaarmaking  
- beperkte openbaarmaking / 4.7.3  
- openbaarmaking van gegevens /  
4.7.2  
opfrisplcht getuigen / 2.4.3  
oprechtheid / 2.2; 2.6; 3.5; 6.4  
opschorten oordeelsvorming / 6.6.1

## P

participatie / 2.5  
partij / 5.8  
partijautonomie / 3.1; 3.4  
partijdeskundigen / 7.1  
partijgetuige / 2.5; 6.8  
partijen-waarheid / 3.4  
persoonlijke inbreng van de rechter /  
6.6.4  
persoonlijke levenssfeer / 4.7.2; 4.8  
persoon van de rechter / 6.3  
perspectief / 1.7; 3.5  
pleidooi / 2.4.6; 4.5.1; 4.6  
Popper, Karl / 5.3  
*preponderance of probabilities* / 5.4;  
5.6.5

preprocessuele waarheidsvinding / 4.4  
*preuve legale* / 6.3  
*procedural justice* / 4.2  
procesautonomie / 3.2  
processuele aspect van waarheids-  
vinding / 2.5; 4.6; 6.1; 7.5  
processuele feiten / 1.3  
processuele partijautonomie / 3.1; 3.2  
procesleiding / 3.7  
procedurele inbedding waarheidsvinding /  
4.1; 5.2  
procesrecht / 2.5  
processuele waarheid / 4.1; 4.2  
proces van waarheidsvinding / 2.5; 4.2;  
4.6; 6.1; 7.5; 8.1  
proces-verbaal getuigenverhoor / 6.6.2;  
6.6.5  
*procedural justice* / 4.2  
proceskosten / 4.5.2; 4.6  
programmeringscomparitie / 7.8  
publiekrechtelijke bewijstheorie / 2.3; 5.8

## R

Raad voor de Rechtspraak / 4.4; 4.6  
Rawls, John / 4.2  
rationalisering bewijsrecht / 2.7; 6.1  
rationalistische traditie bewijsrecht / 2.2  
rechter  
- actieve rechter / 2.4.4; 3.1; 3.4; 3.7;  
3.8; 8.2  
- cirkelgang rechter / 1.2; 1.4  
- doorvragen rechter / 3.6; 6.1; 6.6.2;  
6.6.3; 6.6.4; 6.6.5; 6.9; 8.1  
- intuïtie rechter / 5.5; 6.3; 6.6.5  
- lijdelijke rechter / 3.1; 3.7  
rechterlijke oordeelsvorming / 1.4; 1.5;  
1.6; 5.7; 6.7; 7.9; 7.10  
rechterlijke overtuiging / 6.3; 6.7; 7.6  
recht op getuigenbewijs / 2.5; 4.6; 6.1  
rechtsbescherming / 1.3; 2.2  
rechtsfeiten / 3.8  
rechtsgevolg / 3.5  
rechtspraak in twee feitelijke instanties /  
2.4.7  
rechtsregels / 1.5  
rechtsstatelijk aspect van rechtspraak /  
2.3

rechtsvinding / 1.1; 1.6; 2.6; 3.6  
 rechtsvorming / 2.3  
 rechtszekerheid / 2.7; 4.2; 4.4; 4.7.7  
 rechtvaardigheid / 1.1; 2.1; 2.2; 2.3; 2.4; 3.1; 4.2  
 Reid, Thomas / 6.4  
 reikwijdte van de bewijsmiddelen / 5.6.3; 5.6.5; 5.7  
 relatieve waarheid / 1.7; 3.2  
 relativisme / 1.7  
 relevante feiten / 1.4; 1.6; 3.7  
 relevantie / 1.4; 5.6.1; 6.6.1  
   - relevantie van bewijsmiddel / 5.6.1  
   - relevantie van getuigenverklaring / 6.6.1  
 religieuze bewijsvoering / 6.2

**S**  
 Salomo / 2.2; 2.5; 7.1  
 sanctie / 4.6; 4.7.3  
 Scholten, Paul / 1.1  
 schriftelijk bewijs / 1.5.2; 1.8; 5.1; 5.6.2; 6.1; 8.3  
 schriftelijke procedure / 2.4.6  
 schriftelijke verklaringen / 6.1  
 selectie van feiten / 1.4  
*sincerity* / 2.2; 2.6; 3.5; 6.4  
*sincerity dimension* / 6.5; 7.7  
 solemniteitsgetuigen / 6.1  
 sorteren van feiten / 1.5.1  
 specialistische kennis / 7.5  
 stellingen / 1.3; 3.4; 3.6; 3.8  
   - niet-betwiste stellingen / 3.4; 8.2  
*stock of knowledge* / 6.6.4  
 strafrechtelijke aansprakelijkheid  
   geheimhouders / 4.7.6  
 strafrechtelijk bewijsrecht / 5.4; 6.3; 6.7; 7.10  
 strafrechtelijke bewijswaarderings-  
   maatstaf / 5.4; 6.3; 6.7  
 strijd  
   - procedure als strijd / 3.5; 3.8  
 subjectiviteit / 5.5; 5.7; 6.6.4; 6.7; 6.9  
 subjectiviteitsprobleem / 5.5  
*substantive justice* / 4.2  
 subsidiariteitsbeginsel / 4.7.8  
 substantiëringsplicht / 2.4.2; 4.7.1

syllogisme / 1.2

## T

tegenbewijs / 5.6.5  
 tegenstrijdige verklaringen / 6.6.2  
*testimony* / 6.4; 7.2; 7.7  
 theorie van Bayes / 5.5  
 tunnelvisie / 4.5.1  
 toevertrouwde informatie / 4.7.7  
 trechtermodel  
   - procedure als trechter / 4.5.1; 4.5.2  
 Twining, William / 1.2; 2.2; 2.5

## U

uitsluiting als getuige / 6.1; 6.5  
 uitstellen oordeelsvorming / 3.6; 4.5.1; 6.6.1; 6.6.2; 6.6.3; 6.6.4  
 unus testis nullus testis / 6.2

## V

verankering getuigenverklaring / 6.7  
 verhaal / 3.5; 3.6; 6.1; 6.6.4  
 verklaring  
   - begrijpelijke verklaring / 6.6.4  
   - coherentie van de verklaring / 6.6.4  
   - geloofwaardigheid van de verklaring / 6.6.5  
   - verklaringen van anderen / 6.4; 7.2  
   - verklaring van een deskundige / 6.6.3  
   - verklaring van een getuige / 6.1 t/m 6.10  
   - verklaring van een partijgetuige / 6.8  
 verleden / 6.1  
 Verlichting / 2.7; 6.4  
 vermoedens  
   - bewijsvermoedens / 5.8  
 verschijningsplicht getuigen / 2.4.3  
 verschoningsrechten  
   - casuïstische benadering  
     verschoningsrecht / 4.7.8  
   - familiale verschoningsrechten / 4.7.6  
   - functionele verschoningsrechten / 4.7.6

- omvang van verschoningsrecht / 4.7.7
- verschoningsrecht en strafbare feiten / 4.7.7
- verschoningsrecht en waarheidsvinding / 4.7.7
- verschoningsrecht is bevoegdheid / 4.7.7
- verschoningsrecht journalist / 4.7.8
- verschoningsrecht klassieke kwartet / 4.7.6
- verschoningsrecht mediator / 4.7.6
- vertrouwelijke informatie / 4.7.1; 4.7.2; 4.7.3; 4.7.4; 4.7.5
- vertrouwen in de rechter / 2.7; 6.2
- vertrouwen in rechtspraak / 2.3
- vertrouwenspersoon / 4.7.8
- vertrouwensrelatie / 4.7.6
- verzwaarde stelplicht / 5.8
- volledigheidsplicht / 2.4.1
- voorlopig deskundigenbericht / 7.4
- voorlopig getuigenverhoor / 4.4; 4.7.4; 7.4
- voorschands-aannemelijk / 5.7
- voorschands-bewezen / 5.8
- voortvarende procedure / 4.6
- voorwaarts redeneren / 5.3
- vordering / 3.2
- Vorverstandnis / 1.5
- vraagstelling aan de deskundige / 7.8
- vrije bewijsleer / 2.4.5; 5.2
- vrije bewijswaardering / 2.4.5; 7.6
  - beginsel van de vrije bewijswaardering / 6.2
- vrijheid rechter bij inwinnen deskundigenbericht / 7.4

## W

waarachtigheidsplicht / 2.4; 4.7.1; 8.2

waardering van het deskundigenbericht / 7.6

waarheid

- partiële waarheid / 3.2; 3.3
- partijen waarheid / 3.4
- relatieve waarheid / 3.3
- waarheid subjectief / 3.3

waarheidsplicht / 2.2; 2.4.1; 2.6; 3.1; 3.5

waarheidsvinding

- belang van waarheidsvinding / 2.1 t/m 2.8
- definitief karakter waarheidsvinding / 4.3
- waarheidsvinding als beginsel van civiel procesrecht / 2.6
- waarheidsvinding versus vertrouwelijkheid / 4.7.2
- proces van waarheidsvinding / 2.5; 4.2; 4.6; 6.1; 7.5; 8.1

waarneming / 1.7; 7.2

- onjuiste waarneming / 6.5

waarnemingsgetuige / 6.1

weging van alternatieven / 5.6.4

wetenschappelijk bewijzen / 5.2

wetenschappelijke expertise / 7.10

wetenschappelijk onderzoek / 1.7; 5.2; 7.10

wettelijke geheimhoudingsplicht / 4.8

wettelijke bewijsvermoedens / 5.8

wettig en overtuigend bewijs / 6.7

Williams, Bernard / 1.7; 2.2

woolf-reforms / 2.6; 7.3

wraken deskundige / 7.7.1

wraken getuige / 6.2

## Z

zekerheid

- absolute zekerheid / 5.3; 7.10
- redelijke mate van zekerheid / 5.4

zwijgrecht / 4.7.8

